النهاية في شرح الهداية

للشيخ الإمام العلامة المحقق النبيل الفهامة
حسام الدين حسين بن علي بن حجاج السغناقي
المتوفى سنة ٧١٤ هجرية رحمه الله تعالى

تطبع كاملة للمرة الأولى في العالم
محققة ومنقحة عن ثماني عشرة (١٨) نسخة خطية

قدم لها وحقق نصوصها وعلق عليها
الحافظ المولوي محمد أحمد الحقاني الأفغاني
ابن العلامة الكبير شيخ الحديث والتفسير الحاج مولانا عبد القادر النهر كاريزي
غفر الله لهما ولوالديهما وأحسن إليهم

الجزء الرابع

المحتوى:

تابع كتاب النكاح - الرضاع - الطلاق

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKI
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

بسم الله الرحمن الرحيم

(بَابُ المَهْرِ)

(وَيَصِحُّ النِّكَاحُ وَإِنْ لَمْ يُسَمِّ فِيهِ مَهْرًا) ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ عَقْدُ انْضِمَامٍ وَازْدِوَاجٍ لُغَةً

بابُ المهر

لمَّا ذكر ركن النكاح وشرطه وما هو في معنى الشرط، شَرع في بيان حكمه وهو وجوب المهر، وبه صرَّح في «المنشور» بأن وجوب المهر حكم النكاح؛ لما أن المهر إمَّا مسمًّى أو مهر المثل يجب بالعقد، فكان حُكمه.

ثمَّ الله تعالى بحكمته البالغة لم يشرع عقدة النكاح إلا ببدل ليُعظم خطره عند الناكح ويجل شأنه لعين الطامح، ويكون خوفُ المطالبة بالصداق مانعًا له عن الطلاق، فحينئذٍ يمتدّ التوافق والتساعد ويدوم البقاء والتوالد، وعن هذا كانت المتعة والنكاح المؤقَّت حرامًا، وازداد حسن تأبيد المعاشرة قوةً ونظامًا.

ثم اعلم أن الكلام هاهنا في مواضع: في وجوب المهر بدون الذكر، وفي بيان ما يصلح وما لا يصلح، وفي بيان ما يفسُد به التسمية وما يصح، وفي بيان ما يستحق به جميعُ المهر وما يسقط به نصفه، وفي بيان من يُعتبر به مهر المثل، وفي بيان حُكم الاختلاف بين الزوجين وما يتبعُها، فبدأ ببيان الأول فقال: وَيَصِحُّ النِّكَاحُ وَإِنْ لَمْ يُسَمِّ فِيهِ مَهْرًا، ولها مهر مثلها من نسائها إن دخل بها أو مات عنها، وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله، وفي القول الآخر لا يجبُ بنفس العقد، وإنما يجب المهر بالفرض والتراضي أو بقضاء القاضي، حتى إذا مات أحدُهما قبل الدخول فلا مهر لها عنده.

فَيَتِمُّ بِالزَّوْجَيْنِ، ثُمَّ المَهْرُ وَاجِبٌ شَرْعًا إِبَانَةً لِشَرَفِ المَحَلِّ فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِهِ لِصِحَّةِ النِّكَاحِ، وَكَذَا إِذَا تَزَوَّجَهَا بِشَرْطِ أَنْ لَا مَهْرَ لَهَا لِمَا بَيَّنَّا، وَفِيهِ خِلَافُ مَالِكٍ.

(وَأَقَلُّ المَهْرِ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: مَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ ثَمَنًا فِي البَيْعِ؛ لِأَنَّهُ حَقُّهَا فَيَكُونُ التَّقْدِيرُ إِلَيْهَا وَلَنَا قَوْلُهُ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «وَلَا مَهْرَ أَقَلَّ مِنْ عَشَرَةٍ»

وذكر في «الأسرار» وغيره قوله الثاني مطلقًا، ومشايخهم مختلفون فيما إذا دخل بها، فأكثرهم على أنه يجب المهر بالدخول، ومنهم من يقول: لا يجب بالدخول أيضاً، كذا في «المبسوط» سِوى ما أُحيل.

قوله: ثُمَّ المَهْرُ وَاجِبٌ شَرْعًا، هذا جواب سُؤال مقدَّر، وهو أن يقال: ينبغي أن لا يتم النكاحُ بدون تسمية المهر؛ لأن المهر واجبٌ كتسمية الثمن في باب البيع، فكما يفسد البيع هناك عند ترك تسمية الثمن فكذا هنا عند ترك تسمية المهر، فأجاب عنه وقال: نعم إنَّ المهر واجبٌ، لكن وجوب المهر لإبانة شرف المحل المحترم، وهو بُضع الحُرَّة وبُضع من لا يملكه بملك اليمين لا لصحَّة النكاح، فلذلك لم يُحتج إلى ذكره لصحة النكاح، فيصح النكاح وإن لم يسم المهر.

قوله: وَفِيهِ خِلَافُ مَالِكٍ رَحِمَهُ اللهُ، أي: وفيما إذا تزوَّجها بشرط أن لا مهرَ لها، فإن هذا النكاح لا يجوز عنده؛ فقال: لأنه عقد معاوضة ملك متعة بملك مهر، ففسد بشرط نفي عوضه، كالبيع بشرط أن لا ثمن، إلا أنا نقول: إنه قد ثبت بالدليل أن النكاح ينعقد بلفظ الهبة، وهي تمليك في اللغة بلا عوض، فكان قوله: بشرط أن لا مهر لك، تقريرًا لما أوجبه الهبةُ؛ ولأن النكاح بغير تسمية المهر جائز بالإجماع، وما كان عوضاً بشرط ذكره في العقد لا يختلف بين ترك ذكره وبين نفي ذكره كالبيع، ألا ترى أن البيع بلا ثمن ومطلقاً عن ذكر الثمن سواء في عدم الجواز، إلى هذا أشار في «الأسرار».

قوله: وَلَنَا قَوْلُهُ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «وَلَا مَهْرَ أَقَلَّ مِنْ عَشَرَةٍ»، إنما ذكره بالواو؛ لأن هذا معطوف على ما قبله في الحديث، وهو ما روى جابرٌ رضي الله عنه أن النبي صلى الله

وَلِأَنَّهُ حَقُّ الشَّرْعِ وُجُوبًا إِظْهَارًا لِشَرَفِ المَحَلِّ فَيَتَقَدَّرُ بِمَا لَهُ خَطَرٌ وَهُوَ العَشَرَةُ اسْتِدْلالًا بِنِصَابِ السَّرِقَةِ (وَلَوْ سَمَّى أَقَلَّ مِنْ عَشْرَةٍ فَلَهَا العَشَرَةُ) عِنْدَنَا، وَقَالَ زُفَرُ: لَهَا مَهْرُ المِثْلِ؛ لِأَنَّ تَسْمِيَةَ مَا لا يَصْلُحُ مَهْرًا كَانْعِدَامِهِ، وَلَنَا أَنَّ فَسَادَ هَذِهِ التَّسْمِيَةِ

عليه وسلم قال: «ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء، ولا يزوجن إلا من الأكفاء، ولا مهر أقل من عشرة»، وفي حديث عبد الله بن عُمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا قطع في أقل من عشرة دراهم، ولا مهر أقل من عشرة دراهم».

فإن قلتَ: هذا الحديث معارض لما رُوي من الأحاديث، منها: ما رُوي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «من استحل بدرهم فقد استحل»، ومنها: ما رُوي «أن امرأة عرضت نفسها على رسول الله صلى الله عليه وسلم، فلم يرَ فيها رغبةً فقال: ما لي حاجة إلى النساء، فقالت: زوِّجني مَن شئتَ، فقام رجل فقال: زوِّجها مني، فقال: ماذا تُصدقها؟ فقال: إزاري هذا، فقال: إذًا قعدتَ ولا إزار لك، التمس ولو نعلين، التمس ولو خاتمـًا من حديد»، ولأن قوله تعالى: ﴿أَن تَبۡتَغُواْ بِأَمۡوَٰلِكُم﴾ [النساء: ٢٤] مطلق، فتقييد ذلك المال بالعشرة يكون زيادةً على النص، ولا يجوز ذلك بخبر الواحد.

قلتُ: تأويل الأحاديث فيما يعجله لها باليد، ألا ترى أنه أمر ذلك الرجل بالالتماس، والصَّداقُ يمكن إثباته في الذمة، فعرفنا أن المراد ما يُعجله لها باليد، وذلك غير مقدَّر عندنا، وأمَّا تقييد الآية بمال مقدَّر فقد عرفناه بإشارة النص، وهي قوله تعالى: ﴿قَدۡ عَلِمۡنَا مَا فَرَضۡنَا عَلَيۡهِمۡ فِيٓ أَزۡوَٰجِهِمۡ﴾ [الأحزاب: ٥٠]، معناه ما قدرنا، فإن الفرض عبارة عن التقدير، وخبر الواحد وردَ مبيِّنًا لذلك التقدير المجهول الذي ثبت بالكتاب؛ وهذا لأن كل مال أوجبه الشرعُ تولى بيان مقداره كالزكوات وغيرها، فكذلك الصداق ممَّا أوجبه الشرع عُرف بقوله ﴿مَا فَرَضۡنَا﴾، فيكون مقدرًا شرعـًا، كذا في «المبسوط».

أو يكون معنى قوله: فهو مهر، أي: بعضُ المهر، فإن الدَّراهم من المهر، وفائدة ذكره أنه لا يجب مهر المثل عند ذكر الدَّراهم، وبه نقول.

قوله: لِأَنَّ تَسْمِيَةَ مَا لا يَصْلُحُ مَهْرًا - شرعـًا - **كَانْعِدَامِهِ**، كما في تسمية الخمر

لِحَقِّ الشَّرْعِ وَقَدْ صَارَ مُقْتَضِيًا بِالعَشَرَةِ، فَأَمَّا مَا يَرْجِعُ إِلَى حَقِّهَا فَقَدْ رَضِيَتْ بِالعَشَرَةِ لِرِضَاهَا بِمَا دُونَهَا، وَلا مُعْتَبَرَ بِعَدَمِ التَّسْمِيَةِ؛ لِأَنَّهَا قَدْ تَرْضَى بِالتَّمْلِيكِ مِنْ غَيْرِ عِوَضٍ تَكَرُّمًا، وَلا تَرْضَى فِيهِ بِالعِوَضِ اليَسِيرِ، وَلَوْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا تَجِبُ خَمْسَةٌ عِنْدَ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ - رَحِمَهُمُ اللهُ -، وَعِنْدَهُ تَجِبُ المُتْعَةُ كَمَا إِذَا لَمْ يُسَمِّ شَيْئًا (وَمَنْ سَمَّى مَهْرًا عَشَرَةً فَمَا زَادَ فَعَلَيْهِ المُسَمَّى إِنْ دَخَلَ بِهَا أَوْ مَاتَ عَنْهَا)؛ لِأَنَّهُ بِالدُّخُولِ يَتَحَقَّقُ تَسْلِيمُ المُبْدَلِ وَبِهِ يَتَأَكَّدُ البَدَلُ، وَبِالمَوْتِ يَنْتَهِي

والخنزير، فما ذكره زفر رحمه الله قياس، وما ذكرناه استحسان، وللاستحسان وجهان:

أحدهما: أن العشرة في كونها صداقًا لا تتجزّأ، وذكرُ بعض ما لا يتجزأ كذكر كلّه، كما لو تزوَّج نصفها صحَّ النكاح في جميعها، وكذا لو طلَّق امرأته نصف تطليقة أو طلَّق نصفها يقع الطلاق على كلّها.

والثاني: أن الإمهار إلى تمام العشرة حقُّ الشرع، وما زاد على ذلك حقُّها، فإذا رضيت بالخمسة فقد أسقطت ما هُو حقُّها، وبعض ما هو حقّ الشرع، فيعمل إسقاطُها فيما هو حقُّها، وهو الزيادة على العشرة، ولا يعمل في حق الشرع، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلا تَرْضَى فِيهِ بِالعِوَضِ اليَسِيرِ، فلمَّا كان كذلك لا يكون عدمُ التسمية دليلًا على الرضا بالعشرة، فلا تجب العشرة كذلك، بل يجب مهر المثل.

قوله: لِأَنَّهُ بِالدُّخُولِ يَتَحَقَّقُ تَسْلِيمُ المُبْدَلِ - وهو البضع - وَبِهِ يَتَأَكَّدُ - تسليم - البَدَلُ، أي: تسليم البدل يتأكد بتسليم المبدل وهو المهر، كما في تسليم المبيع في باب البيع يتأكد به وجوب تسليم الثمن؛ لأن وجوب الثمن قبل ذلك كان على ضعف ووهاءٍ؛ لأنه كان على عرضيَّة أن يهلك المبيعُ في يد البائع وينفسخ البيع، وبتسليمه يتأكد وجوب الثمن على المشتري، فكذلك هاهنا كان وجوب المهر على ضعف ووهاءٍ؛ لأنه كان على عرضيَّة إن قبَّلت المرأة ابن زوجها أو ارتدت والعياذ بالله، فيسقط جميع المهر.

النِّكَاحُ نِهَايَتَهُ، وَالشَّيْءُ بِانْتِهَائِهِ يَتَقَرَّرُ وَيَتَأَكَّدُ فَيَتَقَرَّرُ بِجَمِيعِ مَوَاجِبِهِ (وَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا وَالخَلْوَةِ فَلَهَا نِصْفُ المُسَمَّى) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٧] الآيَةَ وَالأَقْيِسَةُ مُتَعَارِضَةٌ،

قوله: وَالشَّيْءُ بِانْتِهَائِهِ يَتَقَرَّرُ، فكذلك هاهنا النكاح بالموت يتقرر، والدليل عليه جريانُ الإرث بينهما؛ فإن الإرث سببه إمَّا النسب أو السبب، ولا نسب هاهنا، وكذلك لا سبب سوى سبب النكاح، فعُلم به أن النكاح بينهما باق تقديرًا.

قوله: فَيَتَقَرَّرُ بِجَمِيعِ مَوَاجِبِهِ، أي: فيما يُمكن تقريره مثل الإرث، والعدَّة، والمهر، والنسب، ولكن لا يتقرر في حق وجوب النفقة، وفي حق حِلّ التزويج بعد انقضاء العدة.

قوله: وَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا وَالخَلْوَةِ، أي: بعد ما سمَّى لها مهرًا.

قوله: وَالأَقْيِسَةُ مُتَعَارِضَةٌ، جواب سؤال مقدَّر، وهو أن يقال: ينبغي أن يسقط الكل؛ لأن بالطلاق قبل الدخول يعود المعقود عليه سالمـًا إليها، فيجب أن يسقط كل البدل، كما إذا تبايعا ثم أقالا، فأجاب عنه وقال: إن هاهنا قياسًا آخر يقتضي وجوب كل المهر؛ لأنه فوَّت ما ملكه باختياره، فصار كمن اشترى شيئـًا ثمَّ باعه من آخرَ، وكمن أعتق عبده، وهذا الوجه يُوجب تأكّد جميع البدل، فعُلم أن القياسين متعارضين، فتركناهما وأخذنا بالنصِّ، كذا ذكره الأستاذ المحقق رحمه الله.

فإن قلتَ: ففي هذا وجوه من السؤال:

أحدها: أنَّ هاهنا ليس أوانُ القياس؛ إذ فيه نصٌّ ظاهر ولا وجودَ لقياس واحد مع وجود النصّ على مخالفة القياس، فضلًا عن الأقيسة.

والثاني: أن التعارض إذا ثبت بين الحجتين إنَّما يُصار إلى ما بعدهما من الحجة لا إلى ماقبلهما، حيث يرجع إلى السنة عند معارضة الآيتين؛ لما عُرف، وانعكس هاهُنا.

والثالث: أن المعارضة في الحقيقة لا يثبت بين القياسين لفقد شرطها؛ لما عُرف في «أصول الفقه» لشمس الأئمَّة السرخسي رحمه الله، ولئن ثبتَ صورةً فلا يُتركان، بل يعمل

....

المجتهدُ بأيِّهما كان بشهادة قلبه.

قلتُ: أمَّا الجواب عن الأوَّل فقد ذكر الأستاذ رحمه الله: هذا نصّ دخل فيه الخصوص، فإنه إذا سمَّى الخمرَ أو الخنزيرَ في العقد ثمَّ طلقها قبل الدخول لا يجبُ نصف المفروض، وإذا ثبت الخصوصُ فيه جاز أن يعارضه القياس، وهو أن لا يجبَ عليه شيء لعود المعقود عليه إليها سالماً، كما في إقالة البيع، ثم نقول: القياسان متعارضان صورةً فلم يثبت الخصوص، وإذا لم يثبت الخصوص بالقياس يجبُ عليه نصف المسمى عملًا بالنص.

والأوجه فيه أن يقال: ذكر معارضة القياسين والأقيسة هاهنا لا لإثبات الحكم بهما أو بأحدهما، بل لبيان أنَّ العمل بهما غير ممكن لتعارضهما في أنفسهما، أو لمخالفة كل منهما النص، فصار كأنه قال: فوجب علينا العمل بظاهر قوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، من غير رجوع إلى القياس والمعقول، فإنَّا لو خلينا ومجرَّد القياس وعَمِلنا به على وجه الفرض والتقدير، وإن لم يكن أوان العمل بالقياس من غير نظر إلى النص، يلزمُ ترك أحد القياسين فتركناهما جميعًا، فعملنا بالنصّ.

وبهذا خرج الجواب عن الأسئلة كلِّها، فإنه لما لم تكن المعارضة على حقيقتها، بل هذا قولٌ على وجه الفرض والتقدير، لا يرد فيه ما يرد في التعارض، وهذا كما قيل في نجاسة البئر وتقدير نزحها بالسُّنة بحسب قدر الواقع فيها: أن في أحكام البئر اتباعًا للآثار وتمسُّكاً بالسنن، وإلا فيها قياسان متعارضان، أحدهما يقتضي أن لا ينجس البئر أصلًا، كما رُوي محمد رحمه الله أنه قال: اجتمع رأيي ورأي أبي يوسف رحمه الله أن ماء البئر في حكم الماء الجاري؛ لأنه ينبع من أسفلها ويؤخذ من أعلاها، فلا يتنجَّس بوقوع النجاسة فيها، أو تُطمَّ طمًّا كلها وتحفر في موضع آخر كما قاله بشر؛ لأنه وإن نزح ما فيها من الماء يبقي الطين والحجارة نجسًا، ولكن لمَّا كان القياسان مخالفين للآثار المشهورة والسُّنن المستفيضة بتقدير النزح بحسب قدر الواقع لم يعمل بهما لعدم أوانِهما؛ لأن أوان القياس هو بعد الكتاب والسنة، والسنة موجودة هاهنا، فكذلك هاهنا، فإن القياسين مخالفان لظاهر الكتاب كما هناك.

فَفِيهِ تَفْوِيتُ الزَّوْجِ المِلْكَ عَلَى نَفْسِهِ بِاخْتِيَارِهِ وَفِيهِ عَوْدُ المَعْقُودِ عَلَيْهِ إِلَيْهِ سَالِمًا فَكَانَ المَرْجِعُ فِيهِ النَّصَّ، وَشَرَطَ أَنْ يَكُونَ قَبْلَ الخَلْوَةِ؛ لِأَنَّهَا كَالدُّخُولِ عِنْدَنَا عَلَى مَا نُبَيِّنُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى.

قَالَ: (وَإِنْ تَزَوَّجَهَا وَلَمْ يُسَمِّ لَهَا مَهْرًا أَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى أَنْ لَا مَهْرَ لَهَا فَلَهُ مَهْرُ مِثْلِهَا إِنْ دَخَلَ بِهَا أَوْ مَاتَ عَنْهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجِبُ شَيْءٌ فِي المَوْتِ، وَأَكْثَرُهُمْ عَلَى أَنَّهُ يَجِبُ فِي الدُّخُولِ، لَهُ أَنَّ المَهْرَ خَالِصُ حَقِّهَا فَتَتَمَكَّنُ مِنْ نَفْيِهِ ابْتِدَاءً كَمَا تَتَمَكَّنُ مِنْ إِسْقَاطِهِ انْتِهَاءً وَلَنَا أَنَّ المَهْرَ وُجُوبًا حَقُّ الشَّرْعِ عَلَى مَا مَرَّ، وَإِنَّمَا يَصِيرُ حَقَّهَا فِي

قوله: فَفِيهِ تَفْوِيتُ الزَّوْجِ المِلْكَ، الفاء لتفسير التعارض، ثم **قوله:** تَفْوِيتُ الزَّوْجِ المِلْكَ عَلَى نَفْسِهِ بِاخْتِيَارِهِ، يقتضي وجوبُ كل المهر، كالمشتري إذا أتلف المبيع قبل القبض.

وقوله: وَفِيهِ عَوْدُ المَعْقُودِ عَلَيْهِ إِلَيْهِ سَالِمًا، يقتضي عدم وجوب شيء من المهر كما في الإقالة والفسخ بخيار رؤية أو شرط.

قوله: إِنْ دَخَلَ بِهَا أَوْ مَاتَ - الزوجُ - عَنْهَا، وكذلك إن ماتت المرأة، فإنه ذكر في «شرح الطحاوي» في هذه الصورة: فإن طلقها بعد الدخول، أو بعد الخلوة، أو مات الزوج، أو ماتت المرأة، فلها مهر المثل، وكذا أيضاً في «تحفة الفقهاء» و«الذخيرة».

قوله: وَأَكْثَرُهُمْ، أي: وأكثر أصحاب الشافعي رحمه الله.

قوله: وَلَنَا أَنَّ المَهْرَ وُجُوبًا حَقُّ الشَّرْعِ، وذكر في «المحيط»: وفي المهر حقوق ثلاثة: حق الشرع وهو أن لا يكون أقل من عشرة دراهم، وحق الأولياء وهو أن لا يكون أقل من مهر مثلها، وحق المرأة وهو كونُه ملكاً لها، غير أن حق الشرع وحق الأولياء يعتبر في وقت العقد لا في حالة البقاء، ولذلك إذا زوجت نفسها من رجل بمقدار مهر مثلها ثم ابرأته عن كلها أو عن بعضها لا يكون للأولياء حق الاعتراض.

حَالَةِ البَقَاءِ فَتَمْلِكُ الإِبْرَاءَ دُونَ النَّفْيِ (وَلَوْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا فَلَهَا المُتْعَةُ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى المُوسِعِ قَدَرُهُ﴾ [البقرة: ٢٣٦] الآيَة، ثُمَّ هَذِهِ المُتْعَةُ وَاجِبَةٌ رُجُوعًا إِلَى الأَمْرِ، وَفِيهِ خِلَافُ مَالِكٍ.

وفي «المبسوط»: والمعنى فيه أن المسمى إذا تأكّد بالتسمية والعقد جميعًا، فلتأكّده لا يسقط كله لا بالطلاق ولا بالموت، والنفقة ضعيفةٌ من كل وجه؛ لأنها لا تجبُ بنفس العقد ولا بالتسمية، فتسقط بالطلاق والموت جميعًا، ومهر المثل ضعيف من وجه؛ لأنه غير مسمى في العقد، وقويّ من وجه؛ لأنه واجب بنفس العقد، فلقوّته من وجه لا يسقط بالموت، ولضعفه من وجه يسقط كله بالطلاق قبل الدخول.

قوله: وَلَوْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا فَلَهَا المُتْعَةُ، وإنما قلنا أن المتعة مخصوصة في هذه الصورة لسياق الآية، وهو قوله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٦] الآية، قيل: (أو) بمعنى الواو، أي: وما لم تفرضوا.

قوله: ثُمَّ هَذِهِ المُتْعَةُ وَاجِبَةٌ، وإنما قيّد **بقوله:** ثُمَّ هَذِهِ، لأنه إذا طلقها بعد الدُّخول وقد سمّي لها مهرًا، أو طلقها بعد الدخول ولم يُسمّ لها مهرًا، فإن المتعة لها مستحبة بالاتفاق على ما يجيء، وأمّا في هذه الصورة وهي ما إذا طلّقها قبل الدخول، ولم يسمّ لها مهرًا فإن المتعة فيها واجبة عندنا، وقال مالك رحمه الله: المتعة مُستحبّة في جميع الصور، بدليل ما ذكر في «المنظومة»:

ولا يرى وجوبها في الشِّرعة

وقال: لأن الله تعالى سماها إحسانًا بقوله: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًا بِٱلْمَعْرُوفِۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ ۝﴾ [البقرة: ٢٣٦].

وقلنا: المتعة واجبة في هذه الصورة التي ذكرناها؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ﴾ والأمر للوجوب، وما ذكره من الإحسان مصروف إلى التي لها مهر أو نصف مهر دفعًا للتعارض،

(وَالمُتْعَةُ ثَلاثَةُ أَثْوَابٍ مِنْ كِسْوَةِ مِثْلِهَا) وَهِيَ دِرْعٌ وَخِمَارٌ وَمِلْحَفَةٌ، وَهَذَا التَّقْدِيرُ مَرْوِيٌّ عَنْ عَائِشَةَ وَابْنِ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا -، وَقَوْلُهُ: مِنْ كِسْوَةِ مِثْلِهَا، إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ يُعْتَبَرُ حَالُهَا وَهُوَ قَوْلُ الكَرْخِيِّ فِي المُتْعَةِ الوَاجِبَةِ لِقِيَامِهَا مَقَامَ مَهْرِ المِثْلِ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ حَالُهُ عَمَلًا بِالنَّصِّ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿عَلَى المُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى المُقْتِرِ قَدَرُهُ﴾ [البقرة: ٢٣٦] ثُمَّ هِيَ لا تُزَادُ عَلَى نِصْفِ مَهْرِ مِثْلِهَا وَلا تَنْقُصُ

إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: وَالمُتْعَةُ ثَلَاثَةُ أَثْوَابٍ، إلى **قوله:** دِرْعٌ وَخِمَارٌ وَمِلْحَفَةٌ، يعني: كُرْتَه، ومِعْجَر، وچَادَر.

وفي «المبسوط»: وأدنى المتعة دِرع وخمار ومِلحفة؛ وذلك لأن المرأة تصلي في ثلاثة أثواب، وتخرج في ثلاثة أثواب عادةً، فيكون ذلك متعة لها بذكره من الزوج إذا فارقها قبل أن يدخل بها.

وفي «مبسوط فخر الإسلام» رحمه الله: قالوا هذا في ديارهم، وأمّا في ديارنا فينبغي أن يجب عليه أكثر من ذلك؛ لأن تمتعها بثياب بدنه عادةً، والنساءُ في ديارنا تلبس أكثر من ذلك عادةً، فينبغي أن يُزاد عليها إزارٌ ومِكعَبٌ.

قوله: لِقِيَامِهَا مَقَامَ مَهْرِ المِثْلِ، كان من حقه أن يقول: لقيامها مقام نصف مهر المثل؛ لأن المهر التام لم يجب في صُورة من الصُّور إذا طُلِّقت المرأة قبل الدخول، ولكن مراده إلحاق المتعة بنفس مهر المثل في اعتبار حالها من غير نظر إلى تمام مهر المثل أو نصفه، وفي مهر المثل المعتبر حالها فكذا فيما قام مقامه.

وذكر في «شرح الطحاوي»: والمتعة ثلاثة أثواب على اعتبار حالها، فإن كانت من السَّفِلة فمن الكرباس، وإن كانت وسطاً فمن القزِّ، وإن كانت مرتفعة الحال فمن الإبريسم.

قوله: ثُمَّ هِيَ لا تُزَادُ عَلَى نِصْفِ مَهْرِ مِثْلِهَا، وفي «الذخيرة»: والمتعة ثلاثة أثواب على ما ذكرنا، وسط لا جيّد غاية الجودة، ولا رديّ غاية الرداءة، إلا إذا زاد ذلك على نصف

عَنْ خَمْسَةِ دَرَاهِمَ، وَيُعْرَفُ ذَلِكَ فِي الأَصْلِ (وَإِنْ تَزَوَّجَهَا وَلَمْ يُسَمِّ لَهَا مَهْرًا ثُمَّ تَرَاضَيَا عَلَى تَسْمِيَةٍ فَهِيَ لَهَا إِنْ دَخَلَ بِهَا أَوْ مَاتَ عَنْهَا، وَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا فَلَهَا المُتْعَةُ) وَعَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الأَوَّلِ نِصْفُ هَذَا المَفْرُوضِ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ؛ لِأَنَّهُ مَفْرُوضٌ فَيَتَنَصَّفُ بِالنَّصِّ، وَلَنَا أَنَّ هَذَا الفَرْضَ تَعْيِينٌ لِلْوَاجِبِ بِالعَقْدِ وَهُوَ مَهْرُ المِثْلِ وَذَلِكَ لا يَتَنَصَّفُ فَكَذَا مَا نَزَلَ مَنْزِلَتَهُ، وَالمُرَادُ بِمَا تَلَا الفَرْضُ فِي العَقْدِ إِذْ هُوَ

مهر مثلها فحينئذٍ لها نصف مهر مثلها، وإن كانت لا تزيد ذلك على نصف مهر مثلها فلها الأثوابُ، إلا أن تنقص قيمتها عن خمسة دراهم، والحاصل أن لها الأقل من نصف مهر المثل ومن المتعة، إلا أن تكون قيمةُ المتعة أقلّ من خمسة دراهم، فحينئذٍ لا ينقص عن خمسة دراهم؛ وهذا لأن مهر المثل هو نصف العوض الأصليّ، ولكن تعذَّر تنصيفه لجهالته فيصير إلى المتعة خلفاً عنه، فلا يجوز أن يزيد على نصف مهر المثل ولا ينقص عن خمسة دراهم؛ لأن المهر لا يكون أقل من عشرة دراهم، وإن كانت المتعة مثل نصف المهر فلها المتعة؛ لأنَّها فريضة كتاب الله تعالى، فبعد المساواة تترجح المتعةُ.

وقال الشافعي رحمه الله: المتعة شيءٌ نفيسٌ من ثوب أو خادم أو فرس أو نحو ذلك، ولا يعتبر بمهر المثل؛ لأنه سقط بالطلاق قبل الدخول فلا معنى لاعتباره بعد ذلك.

ولكنَّا نقول: النكاحُ الذي فيه التسمة في حكم الصداق أقوى ممَّا لا تسمية فيه، فإذا كان في العقد الذي فيه التسمية لا يجبُ لها بالطلاق أكثر من نصف ما كان واجبًا قبله، فكذلك في النكاح الذي لا تسمية فيه، وقد كان الواجبُ قبل الطلاق مهر المثل فلا يزاد بالمتعة على نصف مهر المثل بعد الطلاق، بل الواجبُ الأقل من المتعة ومن نصف مهر المثل، كذا في «المبسوط».

قوله: وَإِنْ تَزَوَّجَهَا وَلَمْ يُسَمِّ لَهَا مَهْرًا ثُمَّ تَرَاضَيَا عَلَى تَسْمِيَةٍ، أو رافعَتْه إلى القاضي ففرض لها مهرًا؛ لأن لها أن تُرافعه إلى القاضي ليفرض لها مهرًا، كذا ذكره الإمام التمرتاشي.

قوله: وَلَنَا أَنَّ هَذَا الفَرْضَ تَعْيِينٌ لِلْوَاجِبِ بِالعَقْدِ وَهُوَ مَهْرُ المِثْلِ، بدليل أنه إذا دخل

الفَرْضُ المُتَعَارَفُ.

قَالَ: (فَإِنْ زَادَ لَهَا فِي المَهْرِ بَعْدَ العَقْدِ لَزِمَتْهُ الزِّيَادَةُ) خِلَافًا لِزُفَرَ، وَسَنَذْكُرُهُ فِي زِيَادَةِ الثَّمَنِ وَالمُثْمَنِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى (وَ) إِذَا صُحِّحَتِ الزِّيَادَةُ (تَسْقُطُ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ) وَعَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ أَوَّلًا تَنْتَصِفُ مَعَ الأَصْلِ لِأَنَّ التَّنْصِيفَ عِنْدَهُمَا يَخْتَصُّ بِالمَفْرُوضِ فِي العَقْدِ، وَعِنْدَهُ المَفْرُوضُ بَعْدَهُ كَالمَفْرُوضِ فِيهِ عَلَى مَا مَرَّ.

(وَإِنْ حَطَّتْ عَنْهُ مِنْ مَهْرِهَا صَحَّ الحَطُّ) ؛ لِأَنَّ المَهْرَ بَقَاءُ حَقِّهَا وَالحَطُّ يُلَاقِيهِ حَالَةَ البَقَاءِ (وَإِذَا خَلَا الرَّجُلُ بِامْرَأَتِهِ وَلَيْسَ هُنَاكَ مَانِعٌ مِنَ الوَطْءِ ثُمَّ طَلَّقَهَا فَلَهَا كَمَالُ المَهْرِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَهَا نِصْفُ المَهْرِ؛ لِأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ إِنَّمَا يَصِيرُ مُسْتَوْفًى بِالوَطْءِ فَلَا يَتَأَكَّدُ المَهْرُ دُونَهُ، وَلَنَا أَنَّهَا سَلَّمَتِ المُبْدَلَ حَيْثُ رَفَعَتِ المَوَانِعَ

بها يسقط مهر المثل ويلزمه المفروض بعده، فلولا أن هذا تعيينٌ لمهر المثل وتقديرٌ له لكان يلزمه مهر المثل مع المفروض، كما إذا سمَّى لها مهرًا ثم زاد لها شيئًا، فإنهما جميعًا يجبان على تقديري الموت والدخول، فثبتَ أن هذا تقدير لمهر المثل، وبالطلاق قبل الدخول يسقط اعتبار مهر المثل، فكذا يسقط اعتبار ما كان تقديرًا وتعيينًا له؛ ولأن العقد من الابتداء انعقد موجبًا مهر المثل، فلا ينعقد موجبًا شيئًا آخر، فيكون فرض الزوج تعيينًا لمهر المثل، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: وَإِذَا خَلَا الرَّجُلُ بِامْرَأَتِهِ وَلَيْسَ هُنَاكَ مَانِعٌ مِنَ الوَطْءِ، أي: مانع حسي كالمرض، أو شرعي كالصوم.

قوله: وَلَنَا أَنَّهَا سَلَّمَتِ المُبْدَلَ حَيْثُ رَفَعَتِ المَوَانِعَ، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ﴾ [النساء: ٢١]، نهي عن استرداد شيء من الصداق بعد الخلوة بأبلغ نهي، فإن الإفضاء عبارة عن الخلوة، ومنه سُمِّي المكان الخالي فضاءً، فلا بُدَّ من الخلوة وبعد وجود الخلوة يتأكَّد وجوب المهر؛ لأن البدل في عقود المعاوضات تقرّر

وَذَلِكَ وُسْعُهَا فَيَتَأَكَّدُ حَقُّهَا فِي الْبَدَلِ اعْتِبَارًا بِالْبَيْعِ (وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مَرِيضًا أَوْ صَائِمًا فِي رَمَضَانَ أَوْ مُحْرِمًا بِحَجٍّ فَرْضٍ أَوْ نَفْلٍ أَوْ بِعُمْرَةٍ أَوْ كَانَتْ حَائِضًا فَلَيْسَتِ الْخَلْوَةُ صَحِيحَةً) حَتَّى لَوْ طَلَّقَهَا كَانَ لَهَا نِصْفُ الْمَهْرِ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ مَوَانِعُ، أَمَّا الْمَرَضُ فَالْمُرَادُ مِنْهُ مَا يَمْنَعُ الْجِمَاعَ أَوْ يَلْحَقُهُ بِهِ ضَرَرٌ، وَقِيلَ مَرَضُهُ لَا يُعْرَى عَنْ تَكَسُّرٍ وَفُتُورٍ، وَهَذَا التَّفْصِيلُ فِي مَرَضِهَا وَصَوْمِ رَمَضَانَ لِمَا يَلْزَمُهُ مِنَ الْقَضَاءِ وَالْكَفَّارَةِ، وَالْإِحْرَامِ لِمَا يَلْزَمُهُ مِنَ الدَّمِ وَفَسَادِ النُّسُكِ وَالْقَضَاءِ، وَالْحَيْضُ مَانِعٌ طَبْعًا وَشَرْعًا (وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا صَائِمًا تَطَوُّعًا فَلَهَا الْمَهْرُ كُلُّهُ) ؛ لِأَنَّهُ يُبَاحُ لَهُ

بتسليم من له البدلُ المُبدل، لا بحقيقة استيفاء المبدَل، ألا ترى أن البائع إذا خلّي بين المبيع وبين المشتري، أو الآجرُ إذا خلّي بين المستأجِر والمستأجَر يتأكد البدل، وإن لم يوجد القبض حقيقةً، والمعنى فيه أنه لو وقفنا تقرّر البدل على استيفاء المبدَل حقيقةً فمن عليه البدل يمتنع عن الاستيفاء قاصدًا الإضرارَ، والضررُ مدفوع شرعًا.

قوله: وَهَذَا التَّفْصِيلُ فِي مَرَضِهَا، وفي «الذخيرة»: والحاصل في ذلك أن المرض في جانبها متنوّع بلا خلاف، وأمَّا المرض في جانبه فقد قيل أنه متنوع أيضـًا، وقد قيل أنه غير متنوّع، وإنما يمنع صحَّة الخلوة على كل حال، وجميع أنواعه في ذلك على السواء، قال الصدر الشهيد رحمه الله: هو الصحيح.

قوله: وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا صَائِمًا تَطَوُّعًا فَلَهَا الْمَهْرُ كُلُّهُ، فإن قلتَ: ينبغي أن لا يلزم كل المهر؛ لأنه يلزمه القضاء على تقدير الإفساد فلا تكون الخلوة صحيحة كما في قضاء رمضان.

قلتُ: لزوم القضاء في التطوع عندنا لضرورة صيانة المؤدّى عن البطلان، والثابتُ بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة، فيظهر ذلك في حق الصَّائم خاصة بالقضاء فلا يَعْدو إلى غيره حتى تفسد الخلوة، بخلاف صوم قضاء رمضان فإنه فرض مطلقًا، فكان أثره عامًّا.

وفي «الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله: وإن كان صائمًا عن التطوّع فلها كل

الإِفْطَارُ مِنْ غَيْرِ عُذْرٍ فِي رِوَايَةِ المُنْتَقَى، وَهَذَا القَوْلُ فِي المَهْرِ هُوَ الصَّحِيحُ، وَصَوْمُ القَضَاءِ وَالمَنْذُورِ كَالتَّطَوُّعِ فِي رِوَايَةٍ؛ لِأَنَّهُ لا كَفَّارَةَ فِيهِ، وَالصَّلَاةُ بِمَنْزِلَةِ الصَّوْمِ فَرْضُهَا كَفَرْضِهِ وَنَفْلُهَا كَنَفْلِهِ. (وَإِذَا خَلَا المَجْبُوبُ بِامْرَأَتِهِ ثُمَّ طَلَّقَهَا فَلَهَا كَمَالُ المَهْرِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا عَلَيْهِ نِصْفُ المَهْرِ) ؛ لِأَنَّهُ أَعْجَزُ مِنَ المَرِيضِ، بِخِلَافِ العِنِّينِ؛ لِأَنَّ الحُكْمَ أُدِيرَ عَلَى سَلَامَةِ الآلَةِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ المُسْتَحَقَّ عَلَيْهَا التَّسْلِيمُ فِي حَقِّ السَّحْقِ وَقَدْ أَتَتْ بِهِ.

المهر؛ لأن له الإفطار بعُذر الضيافة وإدخال السّرور على أخيه، هكذا رُوي عن محمد رحمه الله، وهو موافق لما رُوي عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه: «أن رجلًا أضاف رسول الله صلى الله عليه وسلم مع أصحابه وكان فيهم رجل صائم، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: أجب أخاك واقض يومًا مكانه»، فعلى هذا قالوا: له أن يُفطر لأجل المرأة، ومنهم من قال: لا يباح له الإفطار بعذر الضيافة؛ لما رُوي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: «إذا دُعي أحدكم إلى الطعام فليجب، فإن كان مفطرًا فليأكل، وإن كان صائمًا فليُصل، يعني فليدع له بالبركة والخير»، والأول أصح، والحديث الثاني محمول على أنه يُفطر لشهوة نفسه.

قوله: وَهَذَا القَوْلُ فِي المَهْرِ هُوَ الصَّحِيحُ، أي: أخذُ رواية «المنتقى» في حق كمال المهر دفعًا للضرر عنها هو الصحيح، وأمّا في حق جواز الإفطار فالصحيح غير رواية «المنتقى»، وهو أنه لا يباح الإفطار من غير عُذر، فكان هذا فائدة تقييده **بقوله: وَهَذَا القَوْلُ فِي المَهْرِ**، وأمّا **قوله: هُوَ الصَّحِيحُ**، فاحتراز عن رواية شاذّة عن أبي حنيفة رضي الله عنه، وهي أن صوم التطوع يمنع صحة الخلوة؛ لأنه يمنعه عن الوطء شرعًا؛ لما فيه من إبطال العمل، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله.

قوله: أَنَّ المُسْتَحَقَّ عَلَيْهَا التَّسْلِيمُ فِي حَقِّ السَّحْقِ؛ لأن هذا عجزٌ لا يُرجى زواله، فكان المعقود عليه في حقه منفعة المساس، وقد سلمت ذلك من غير مانع، ولهذا لو جاءت بولد يثبت النسب منه، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله، ولكن ذكر الإمام التمرتاشي

قَالَ: (وَعَلَيْهَا العِدَّةُ فِي جَمِيعِ هَذِهِ المَسَائِلِ) احْتِيَاطًا اسْتِحْسَانًا لِتَوَهُّمِ الشُّغْلِ، وَالعِدَّةُ حَقُّ الشَّرْعِ وَالوَلَدِ فَلَا يُصَدَّقُ فِي إِبْطَالِ حَقِّ الغَيْرِ، بِخِلَافِ المَهْرِ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ لا يُحْتَاطُ فِي إِيجَابِهِ، وَذَكَرَ القُدُورِيُّ فِي شَرْحِهِ أَنَّ المَانِعَ إِنْ كَانَ شَرْعِيًّا كَالصَّوْمِ

ثبوت النسب على التفصيل فقال: وقالوا: إن عُلم أنه يُنزل يثبت، وإن علم بخلافه فلا.

قوله: وَعَلَيْهَا العِدَّةُ فِي جَمِيعِ هَذِهِ المَسَائِلِ، أي: سواءٌ كان الخلوة صحيحة أو فاسدة.

وذكر في «جامعي الصغير» لقاضي خان، والتمرتاشي رحمهما الله: إلا إذا فسدت الخلوة بالعجز عن الجماع حقيقةً، فحينئذٍ لا تجب العدَّة.

وذكر في «الذخيرة» الأحكام التي تقوم الخلوةُ مقام الجماع في حقها وما لا يقوم فقال: أمَّا الأحكام التي أقاموا الخلوة فيها مقام الوطء تأكد جميع المسمَّى إن كان في العقد تسميةٌ، وتأكَّد مهرُ المثل إن لم يكن في العقد تسميةٌ، وثبوت النسب، ووجوب العدة، ووجوب النفقة والسكنى في هذه العدَّة، وحرمة نكاح أختها ما دامت العدة باقية، وحرمة نكاح أربع سواها، وحرمة نكاح الأمة عليها، على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله في حرمة نكاح الأمة على الحرة في العدة عن طلاق بائن، ومراعاة وقت وقوع الطلاق في حقها.

وأمَّا الأحكام التي ما أقاموا الخلوة فيها مقام الوطء فالإحصان، حتى لا يصير محصنًا بالخلوة، وحرمة البنات، والإحلال للزوج الأول، والرجعة، والميراث، حتى لو طلقها ثم مات وهي في العدة لا ترث، وأمَّا وقوع طلاق آخر في هذه العدَّة فقد قيل لا يقع، وقيل يقع، وهو أقربُ إلى الصواب؛ لأن الأحكام لما اختلفت في هذا الباب وجب القول بالوقوع احتياطاً.

ثم هذا الطلاق يكون رجعيًّا أو بائناً؟ ذكر شيخ الإسلام رحمه الله أنه يكون بائنًا.

قوله: وَالعِدَّةُ حَقُّ الشَّرْعِ وَالوَلَدِ، حتى لا يصير الولد هالكاً.

قوله: فَلَا يُصَدَّقُ - أي: في أنه لم يطأ - فِي إِبْطَالِ حَقِّ الغَيْرِ، - وهو حق الشرع والولد - بِخِلَافِ المَهْرِ، - أي: لا يجب المهر فيما إذا كانت الخلوة فاسدة - لِأَنَّهُ مَالٌ لا

وَالحَيْضِ تَجِبُ العِدَّةُ لِثُبُوتِ التَّمَكُّنِ حَقِيقَةً، وَإِنْ كَانَ حَقِيقِيًّا كَالمَرَضِ وَالصِّغَرِ لا تَجِبُ لِانْعِدَامِ التَّمَكُّنِ حَقِيقَةً.

قَالَ: (وَتُسْتَحَبُّ المُتْعَةُ لِكُلِّ مُطَلَّقَةٍ إِلَّا لِمُطَلَّقَةٍ وَاحِدَةٍ وَهِيَ الَّتِي طَلَّقَهَا الزَّوْجُ قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا وَقَدْ سَمَّى لَهَا مَهْرًا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَجِبُ لِكُلِّ مُطَلَّقَةٍ إِلَّا لِهَذِهِ؛

يُحْتَاطُ فِي إِيجَابِهِ، فلا يجب.

قوله: وَتُسْتَحَبُّ المُتْعَةُ لِكُلِّ مُطَلَّقَةٍ إِلَّا لِمُطَلَّقَةٍ وَاحِدَةٍ وَهِيَ الَّتِي طَلَّقَهَا الزَّوْجُ قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا وَقَدْ سَمَّى لَهَا مَهْرًا، إلى آخره، وهذا هو الصحيح من النُّسَخ، وهكذا بخط شيخي رحمه الله أيضـًا، ولكن وقع الاشتباه هاهنا في المستثنى، وفي المستثنى منه، وفي قول الشافعي.

أمَّا في المستثنى فإنه ذكر في «المبسوط»، و«الحصر»[1]: أن المتعة تستحبّ للتي طلقها قبل الدخول، وقد سمَّى لها مهرًا، والاستثناء هاهُنا يقتضي أن لا تُستحب لهذه المرأة.

وأمَّا في المستثنى منه فهو أن المتعة واجبة للتي طلقها قبل الدخول ولم يسم لها مهرًا؛ لما ذكر قبل هذا **بقوله: وَإِنْ تَزَوَّجَهَا وَلَمْ يُسَمِّ لَهَا مَهْرًا**، إلى أن قال: **ثُمَّ هَذِهِ المُتْعَةُ وَاجِبَةٌ**، ثم عمَّم هاهنا بالاستحباب لكل مطلقة في صدر الكلام، ثم استثنى حكم واحدة من الاستحباب، وهو يقتضي أن لا يستحبّ في حقها، وصرَّح بالاستحباب في حقها في «المبسوط»، و«الحصر».

وأمَّا في قول الشافعي رحمه الله فإنه لم ير المتعة واجبة لهذه المرأة المستثناة في الكتاب، حيث استثناها من الوجوب **بقوله: تَجِبُ لِكُلِّ مُطَلَّقَةٍ إِلَّا لِهَذِهِ**، وذكر في «الحصر» أن المتعة واجبة عنده لهذه المرأة المستثناة أيضـًا مع نصف المفروض.

---

(١) المراد من «الحصر» هو شرح «المنظومة الخلافية» في الفقه الحنفي المسمَّى بـ«حصر المسائل وقصر الدلائل»، المتن والشرح كلاهما للشيخ الإمام أبي حفص، نجم الدين، عُمر بن محمد بن أحمد النسفي، المتوفى سنة (٥٣٧ هـ). انظر: «كشف الظنون» (٢/ ١٨٦٧).

....

أمَّا الجواب عن الاشتباه الواقع في المستثنى فظاهر؛ فإن المذكور لفظ القدوري، وعند أبي الحسن القدوري رحمه الله الحُكم في حق المرأة التي استُثنيت هكذا، فإنه ذكر في «شرحه»: أن المتعة واجبة ومستحبة، فالواجبة للتي طلقها قبل الدخول والتسمية، والمستحبة لكل مطلقة، إلا التي طلقها قبل الدخول وقد سمّى لها مهرًا، فكان اختياره وقع على خلاف ما اختاره في «المبسوط»، و«الحصر»، ورواية «التحفة» تؤيد ما اختاره القدوري رحمه الله، فإنه ذكر في «التحفة»: وأمَّا المتعة المستحبة فهي ثابتة لكل مطلقة لم تستحق بالطلاق جميعَ المهر ولا نصفه، فكان فيه إشارة إلى أنَّها لا تُستحب لمن استحقت نصف المهر، وهاهنا المستثناه قد استحقت نصف المهر فلا تستحب لها المتعة.

وأمَّا الجوابُ عن الاشتباه الواقع في المستثنى منه فإنه لمَّا بيَّن من يجب لها المتعة مرَّة، أراد بالكل المذكور هاهنا غير تلك؛ إذ لو كانت هي داخلة هاهُنا أيضـًا يلزم تكرارُ حكمها ذكرًا من غير فائدة، فكان تقدير الكلام: وتستحب المتعة لكل مطلقة سوى التي ذكرنا حكمها أن المتعة واجبة لها، إلا التي طلقها قبل الدخول وقد سمَّى لها مهرًا، فكان قوله: إلا التي طلقها، استثناء عن قوله: لكل مطلقة، لا عن قوله: سوى التي ذكرنا حكمها؛ لأنه لا يصح الاستثناء؛ لأن استثناء الواحد عن الواحد لا يصح، فكان مستثنى عن قوله: لكل مطلقة، ضرورةً، لكن بعد خروج المذكورة أوَّلًا عن اسم الكل لذكرها مرَّة.

وقال بعضهم في التصحيح: جاز أن يُريد بالاستحباب الوجوب مجازًا، حتى تدخل تلك المذكورة سابقًا في اسم الكل أيضـًا، كما يُراد بالوجوب الفرض.

قلتُ: هذا لا يصح؛ لأنه حينئذٍ يلزم أن يتناول لفظ الاستحباب الوجوبَ والاستحبابَ في لفظ واحد، فكان جمعًا بين الحقيقة والمجاز، بل الوجه ما قلنا.

وذكر الإمام بدر الدين الكردري رحمه الله: وحاصله أن المطلقات أربع:

(١) مطلقة قبل الدخول والتسمية، وهي التي تجب لها المتعة.

(٢) ومطلقه بعد الدخول وقد سمى لها مهرًا.

لِأَنَّهَا وَجَبَتْ صِلَةً مِنَ الزَّوْجِ؛ لِأَنَّهُ أَوْحَشَهَا بِالفِرَاقِ، إِلَّا أَنَّ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ نِصْفَ المَهْرِ طَرِيقَةُ المُتْعَةِ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ فَسْخٌ فِي هَذِهِ الحَالَةِ وَالمُتْعَةَ لا تَتَكَرَّرُ (وَلَنَا أَنَّ المُتْعَةَ خَلَفٌ عَنْ مَهْرِ المِثْلِ فِي المُفَوِّضَةِ)؛ لِأَنَّهُ سَقَطَ مَهْرُ المِثْلِ وَوَجَبَتِ

(٣) ومطلقة بعد الدخول ولم يسم لها مهرًا، فتستحب المتعة لهما.

(٤) ومطلقة قبل الدخول بعد التسمية، وهي التي لا تستحب لها المتعة، ولا يجب على اختيار القدوري، وصاحب «التحفة»، خلافًا لشمس الأئمة ونجم الدين رحمهما الله؛ لأن ما أخذت من نصف الصداق قائم مقام المتعة.

وأمَّا الجواب عن قول الشافعي رحمه الله، فإن وجوب المتعة لهذه المذكورة المستثناة، وهي التي طلقها قبل الدخول وقد سمى لها مهرًا، قولين له، وأصح القولين ما هو المذكور في الكتاب، فكان المذكور في «الحصر» واقعًا على القول الآخر له.

وإنما قلنا أن المذكور في الكتاب أصح قوليه؛ لأنه ذكر في «الخلاصة الغزالية» فقال: فإن طلقها قبل المسيس وبعد التسمية أو الفرض، فحسبها نصف المهر بنص القرآن، وهو الصحيح.

قوله: لِأَنَّهَا وَجَبَتْ صِلَةً مِنَ الزَّوْجِ، هذا دليل **قوله**: تَجِبُ لِكُلِّ مُطَلَّقَةٍ، **وبقوله**: صِلَةً، يُحترز عن قولنا بأن المهر عوض، والمتعة خلف عنه.

قوله: لِأَنَّهُ أَوْحَشَهَا بِالفِرَاقِ، فيجبُ المتعة لكل مطلقة جبْرًا لإيحاشها بالطلاق، وتداركـًا لإذاقته إيَّاها مرارة الفراق.

لكن المرأة فِي هَذِهِ الصُّورَةِ، وهي التي طلقها قبل الدخول وقد سمَّى لها مهرًا، أخذت نصف المهر، وهو لها متعةٌ مع أن الطلاق فسخٌ في هذه الحالة لعود مالها إليها سالمـًا، كان ينبغي أن لا يجب عليه نصف المهر كما في فسخ البيع، لكن الشارع أوجب عليه لها نصف المهر بطريق المتعة، وهي لا تتكرّر فلا تجب المتعة لهذه المرأة خاصَّة، وتجب لغيرها من المطلقات؛ لما ذكرنا من جبر الإيحاش.

قوله: فِي المُفَوَّضَةِ، بكسر الواو، أي: في المرأة التي فوَّضت نفسها من غير مهر إلى

المُتْعَةُ، وَالعَقْدُ يُوجِبُ العِوَضَ فَكَانَ خَلَفًا وَالخَلَفُ لا يُجَامِعُ الأَصْلَ وَلا شَيْئًا مِنْهُ فَلَا تَجِبُ مَعَ وُجُوبِ شَيْءٍ مِّنَ المَهْرِ، وَهُوَ غَيْرُ جَانٍ فِي الإِيحَاشِ فَلَا تَلْحَقُهُ الغَرَامَةُ بِهِ فَكَانَ مِنْ بَابِ الفَضْلِ.

(وَإِذَا زَوَّجَ الرَّجُلُ بِنْتَهُ عَلَى أَنْ يُزَوِّجَهُ الآخَرُ بِنْتَهُ أَوْ أُخْتَهُ لِيَكُونَ أَحَدُ العَقْدَيْنِ عِوَضًا عَنِ الآخَرِ فَالعَقْدَانِ جَائِزَانِ، وَلِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا مَهْرُ مِثْلِهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ:

الزوج، وبيان هذا أن الله تعالى ما شرع النكاح إلا بالمال لقوله تعالى: ﴿أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَالِكُم مُّحْصِنِينَ﴾ [النساء: ٢٤]، والباء للإلصاق فلا ينفك الملصَق وهو المال عن الملصَق به وهو الابتغاء، أي: ابتغاء النكاح، فكان وجوب المال عليه عوضاً عمَّا يملك من البُضع، ثمَّ لما سقط مهر المثل هاهنا وجبت المتعة، فكان وجوبها بطريق الخلفيَّة عن مهر المثل؛ لأنه هو الموجب الأصلي، والخلف لا يجتمع مع الأصل وجوباً، وإنَّما يجتمع معه استحسانًا؛ لأنها مبرَّة واحسان، فلمَّا لم يجتمع وُجوبًا مع الأصل لم يجتمع وُجوبًا معه لا عند وجوب كل المفروض، كما إذا كان بعد الدخول والتسمية، ولا عند وجوب نصف المفروض، كما إذا كان قبل الدخول وبعد التسمية، وهو معنى **قوله**: لا يُجَامِعُ الأَصْلَ وَلا شَيْئًا مِنْهُ.

قوله: وَهُوَ غَيْرُ جَانٍ فِي الإِيحَاشِ، هذا جواب عن حرف الخصم وهو **قوله**: أَوْحَشَهَا بِالفِرَاقِ؛ لأنه فعل ما فعله بإذن الشرع، فلا يلحقه الغرامة فيما فعله بإذن الشرع حتى يقال بوجوب المتعة، فبقيت المتعة مستحبَّة لكل مطلقة لا واجبة، بخلاف ما يقوله الخصم بالوجوب.

قوله: وَإِذَا زَوَّجَ الرَّجُلُ بِنْتَهُ عَلَى أَنْ يُزَوِّجَهُ الآخَرُ بِنْتَهُ أَوْ أُخْتَهُ - أو أمته - لِيَكُونَ أَحَدُ العَقْدَيْنِ عِوَضًا عَنِ الآخَرِ، وشرطا شرطاً صريحاً بأن قال: على أن يكون مهرُ كل واحدة منهما نكاحُ الأخرى، فإن النكاح بهذه الصفة يجوز عندنا، وَلِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا مَهْرُ مِثْلِهَا، ويُسمَّى هذا النكاح نكاح الشغار، من قولهم: شغروا فلانًا عن بلدة، إذا نفوه وطردوه؛ لما أنه عقدٌ نفى عنه المهر، وعن ابن فارس: التركيب يدل على الخلوّ، كذا في «المعرِب» المهملة العين.

وذكر في «الصحاح»: يقال: شغر الكلبُ، إذا رفع إحدى رجليه ليبول، وسُمّي به هذا

بَطَلَ العَقْدَانِ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ نِصْفَ البُضْعِ صَدَاقًا وَالنِّصْفَ مَنْكُوحَةً، وَلا اشْتِرَاكَ فِي هَذَا البَابِ فَبَطَلَ الإِيجَابُ، وَلنَا أَنَّهُ سَمَّى مَا لا يَصْلُحُ صَدَاقًا فَيَصِحُّ العَقْدُ وَيَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ كَمَا إِذَا سَمَّى الخَمْرَ وَالخِنْزِيرَ وَلا شَرِكَةَ بِدُونِ الِاسْتِحْقَاقِ.

(وَإِنْ تَزَوَّجَ حُرٌّ امْرَأَةً عَلَى خِدْمَتِهِ إِيَّاهَا سَنَةً أَوْ عَلَى تَعْلِيمِ القُرْآنِ فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَهَا قِيمَةُ خِدْمَتِهِ، وَإِنْ تَزَوَّجَ عَبْدٌ امْرَأَةً بِإِذْنِ مَوْلاهُ عَلَى خِدْمَتِهِ سَنَةً جَازَ وَلَهَا خِدْمَتُهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَهَا تَعْلِيمُ القُرْآنِ وَالخِدْمَةُ فِي الوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّ مَا يَصِحُّ أَخْذُ العِوَضِ عَنْهُ بِالشَّرْطِ يَصْلُحُ مَهْرًا عِنْدَهُ؛ لِأَنَّ بِذَلِكَ تَتَحَقَّقُ المُعَاوَضَةُ، وَصَارَ كَمَا إِذَا تَزَوَّجَهَا عَلَى خِدْمَةِ حُرٍّ آخَرَ أَوْ عَلَى رَعْيِ الزَّوْجِ غَنَمَهَا، وَلنَا أَنَّ المَشْرُوعَ هُوَ الِابْتِغَاءُ بِالمَالِ وَالتَّعْلِيمُ لَيْسَ بِمَالٍ، وَكَذَلِكَ المَنَافِعُ عَلَى أَصْلِنَا،

العقد لأنَّهما بهذا الشرط كأنَّهما رفعا المهر وأخليا البضع عنه.

قوله: لِأَنَّهُ جَعَلَ نِصْفَ البُضْعِ صَدَاقًا وَالنِّصْفَ مَنْكُوحَةً، وَلا اشْتِرَاكَ فِي هَذَا البَابِ، وذلك لأنه لمَّا جعل ابنته منكوحةً لآخر وصداقاً لابنته اقتضى ذلك انقسامُ منافع بضعها عليهما نصفين، فيصير النصف منها للزوج بحكم النكاح والنصف لبنته بحكم المهر، فيلزم الاشتراك في منافع البضع، وهذا ممَّا لا وجه له.

قوله: وَلا شَرِكَةَ بِدُونِ الِاسْتِحْقَاقِ، جوابٌ عن حرف الخصم، بيانه أن البُضع لمَّا لم يكن له صلاحيَّة كونه صداقاً لم يتحقق الاشتراك؛ لأن منافع بضع المرأة لا تصلح أن تكون مملوكة لامرأة أخرى، فبقي هذا شرطاً فاسدًا، والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة، بخلاف ما لو زوَّجت المرأةُ نفسها من رجلين، حيث لا يصح لصلاحية الاشتراك؛ لأنها تصلح منكوحة لكل واحد منهما، فيتحقق معنى الاشتراك، واستدلاله بالنَّهي بقوله عليه الصلاة والسلام: «ولاشغار في الإسلام» باطلٌ؛ لأن النهي للخلوّ عن المهر، فكان المراد به أن لا تخلو المرأة بالنكاح عن المهر، وبه نقول، كذا في «المبسوط».

وَخِدْمَةُ العَبْدِ ابْتِغَاءٌ بِالمَالِ لِتَضَمُّنِهِ تَسْلِيمَ رَقَبَتِهِ وَلا كَذَلِكَ الحُرُّ، وَلِأَنَّ خِدْمَةَ الزَّوْجِ الحُرِّ لا يَجُوزُ اسْتِحْقَاقُهَا بِعَقْدِ النِّكَاحِ لِمَا فِيهِ مِنْ قَلْبِ المَوْضُوعِ، بِخِلَافِ

قوله: وَخِدْمَةُ العَبْدِ ابْتِغَاءٌ بِالمَالِ، تقديرًا إن لم يكن تحقيقـًا؛ لأنه لمَّا سمَّى الخدمة مهرًا يجبُ تسليم نفسه للخدمة، ونفسه مال فصار كأن العبد مهرها في حق وجوب التسليم إليها للخدمة، فيمتنع وجوب مهر المثل، بخلاف الحر فإنه ليس فيه تسليم مال ولا الانتفاعُ بالمال فلا يجب، كذا في «الجامع الصغير» لصدر الإسلام رحمه الله.

وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله: أنه إذا تزوجها على أن يرعى لها غنمها سنةً يجوز، استدلالًا بقضيَّة موسى مع شعيب عليهما السلام، فمن أصحابنا من فرَّق بينهما فقال: هي مأمورة بأن تُعظمه وتراعي حقه، وذلك التعظيم ينعدم باستخدامها إيَّاه، فلهذا لم يجز أن يكون خدمتها صداقـًا، وذلك لا يوجد في عمل الرعي، ألا ترى أن الابن لا يستأجر أباه للخدمة، ويستأجره لعمل آخر.

والأصح أن في الفصلين - أي: الرعي والخدمة - روايتين: في إحدى الروايتين لا يصح التسمية، أي: تسمية منفعة الحر؛ لأن المنفعة ليست بمال، واشتراطها من حرّ لا يتضمن تسليمُ المال إليها، وفي الرواية الأخرى تصح التسمية؛ لأن المنفعة تأخذ حكم الماليَّة عند العقد، ولهذا لا يثبت الحيوان دينًا في الذمة بمقابلتها، فقد صحَّت التسمية، ثم تعذَّر تسليم المسمى لكونها ممنوعة من استخدام الزوج الحُرّ شرعًا، فيكون لها قيمة المسمَّى، كما لو تزوجها على عبد فاستحق.

وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول: امتنع استحقاق المسمى لكونه غير مال في نفسه، فيسقط اعتبار تسميته ويكون لها مهرُ المثل، كما لو تزوَّجها على خمر، وكان منفعة البدن هنا بمنزلة منفعة البُضع في نكاح الشغار، وهناك يجب مهر المثل فكذا هاهنا، كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي في باب الشغار من نكاح «المبسوط»، والمحبوبي في «الجامع الصغير».

قوله: لِمَا فِيهِ مِنْ قَلْبِ المَوْضُوعِ، وهو أن عقد النكاح يقتضي أن تكون المرأة خادمةً والزوج مخدومًا؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «النكاح رق»، وفي جعل خدمة الزوج إيَّاها مهرًا

خِدْمَةِ حُرٍّ آخَرَ بِرِضَاهُ؛ لِأَنَّهُ لا مُنَاقَضَةَ، وَبِخِلَافِ خِدْمَةِ العَبْدِ؛ لِأَنَّهُ يَخْدُمُ مَوْلَاهُ مَعْنًى حَيْثُ يَخْدُمُهَا بِإِذْنِهِ وَبِأَمْرِهِ، وَبِخِلَافِ رَعْيِ الأَغْنَامِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ القِيَامِ بِأُمُورِ الزَّوْجِيَّةِ فَلَا مُنَاقَضَةَ عَلَى أَنَّهُ مَمْنُوعٌ فِي رِوَايَةٍ، ثُمَّ عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ تَجِبُ قِيمَةُ الخِدْمَةِ؛ لِأَنَّ المُسَمَّى مَالٌ إِلَّا أَنَّهُ عَجَزَ عَنِ التَّسْلِيمِ لِمَكَانِ المُنَاقَضَةِ فَصَارَ كَالتَّزَوُّجِ عَلَى عَبْدِ الغَيْرِ، وَعَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ يَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ؛ لِأَنَّ الخِدْمَةَ لَيْسَتْ بِمَالٍ إِذْ لا تُسْتَحَقُّ فِيهِ بِحَالٍ فَصَارَ كَتَسْمِيَةِ الخَمْرِ وَالخِنْزِيرِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ تَقَوُّمَهُ بِالعَقْدِ لِلضَّرُورَةِ، فَإِذَا لَمْ يَجِبْ تَسْلِيمُهُ بِالعَقْدِ لَمْ يَظْهَرْ تَقَوُّمُهُ فَيَبْقَى الحُكْمُ لِلْأَصْلِ وَهُوَ مَهْرُ المِثْلِ.

(فَإِنْ تَزَوَّجَهَا عَلَى أَلْفٍ فَقَبَضَتْهَا وَوَهَبَتْهَا لَهُ ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا رَجَعَ عَلَيْهَا

لها يكون الرجل خادمًا والمرأة مخدومة، فكان على خلاف موضوع عقد النكاح فلا يجوز.

قوله: عَلَى أَنَّهُ مَمْنُوعٌ فِي رِوَايَةٍ، أي: في رعى الغنم رواية أخرى على أنه لا يجوز مهرًا، على ما ذكرنا من رواية «المبسوط» على الأصح.

قوله: عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ تَجِبُ قِيمَةُ الخِدْمَةِ، أي: قيمة خدمة الحرّ الذي تزوَّجها على خدمة سنة.

قوله: وَهَذَا؛ لِأَنَّ تَقَوُّمَهُ، أي: تقوم ما سمى وهو المنفعة، لِلضَّرُورَةِ، أي: لاحتياج الناس إليه في موضع وهو عقد الإجارة، فلا يكون له قيمة فيما وراءه، فصار بمنزلة تسمية شيء لا قيمة له كالخمر، فيجبُ مهر المثل.

قوله: فَإِنْ تَزَوَّجَهَا عَلَى أَلْفٍ، إلى آخره، والمسألة على وجهين:

إمَّا أن يتزوجها على ما لا يتعين بالتعيين كالدراهم والدنانير، أو على ما يتعين بالتعيين كالحنطة والشعير، وكل وجه على وجهين:

بِخَمْسِمِائَةٍ) ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَصِلْ إِلَيْهِ بِالهِبَةِ عَيْنُ مَا يَسْتَوْجِبُهُ؛ لِأَنَّ الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ لا تَتَعَيَّنَانِ فِي العُقُودِ وَالفُسُوخِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ المَهْرُ مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا أَوْ شَيْئًا آخَرَ فِي الذِّمَّةِ لِعَدَمِ تَعَيُّنِهَا (فَإِنْ لَمْ تَقْبِضِ الأَلْفَ حَتَّى وَهَبَتْهَا لَهُ ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ

إمَّا أن يكون الصداق مقبوضًا للمرأة أو لم يكن، وكل وجه على وجهين:

إما أن تهب المرأةُ الكل أو البعض، فإن تزوجها على ما لا يتعيّن بالتعيين وهو ألف درهم هاهنا، فوهبت المرأةُ لزوجها بعد القبض ثم طلقها الزوج قبل الدخول، فإنه يرجع عليها بخمسمائة درهم؛ لأن الطلاق قبل الدخول ينصِّف الصداق بالنصّ، وما وهبت المرأةُ للزوج لا يكون محسوبًا عليه ممَّا استوجب الرجوع به عليها عند الطلاق؛ لأن المقبوض التحق بسائر أملاكها، فهبتها هذه الألف كهبة ألف أخرى؛ لأنه لا يلزمها عند الطلاق رد المقبوض بعينه، فإن لها أن تمسكها وتدفع غيرها، فإن النقود لا تتعين في العقود والفسوخ، وبه فارق ما لو كان الصداق عرضًا بعينه فدفعه إليها فوهبت له ثم طلَّقها قبل الدخول حيث لا يرجع عليها؛ لأن حقه عند الطلاق في نصف المقبوض بعينه، حتى لو أرادت أن تحبس المقبوض وتعطيه شيئًا آخر لم يكن لها ذلك، فإذا عاد المقبوض إليه قبل الطلاق فقد وصل إليه عين حقه، فلا يرجع عند الطلاق عليها بشيء آخر.

ولا يقال: إنما عاد إليه بسبب الهبة لا بسبب الطلاق، فاختلاف الأسباب ينزل بمنزلة اختلاف الأعيان، وهو حجة زفر رحمه الله.

لأنا نقول: اختلاف الأسباب لا ينزل منزلة اختلاف الأعيان بالنسبة إلى المتعاقدين، بل بالنسبة إلى من سواهما، وحديث بريرة رضي الله عنها حيث قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «هي لك صدقة ولنا هدية» فكان في حق من سواهما.

أو نقول: إن الأسباب غير مطلوبة لأعيانها، وبعد حصول المقصود لا يعتبر باختلاف السَّبب، كمن يقول لآخر: لك عليَّ ألف درهم ثمن هذه الجارية التي اشتريتها منك، فقال: الجارية جاريتك وليَ عليك ألف درهم، لزمه المال لحصول المقصود، وإن كذبه في السَّبب وهو بيع الجارية، كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي، والمرغيناني رحمهما الله.

بِهَا لَمْ يَرْجِعْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ بِشَيْءٍ، وَفِي القِيَاسِ يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِنِصْفِ الصَّدَاقِ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ) ؛ لِأَنَّهُ سَلَّمَ المَهْرَ لَهُ بِالإِبْرَاءِ فَلَا تَبْرَأُ عَمَّا يَسْتَحِقُّهُ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّهُ وَصَلَ إِلَيْهِ عَيْنُ مَا يَسْتَحِقُّهُ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ وَهُوَ بَرَاءَةُ ذِمَّتِهِ عَنْ نِصْفِ المَهْرِ، وَلَا يُبَالِي بِاخْتِلَافِ السَّبَبِ عِنْدَ حُصُولِ المَقْصُودِ.

(وَلَوْ قَبَضَتْ خَمْسَمِائَةٍ ثُمَّ وَهَبَتِ الأَلْفَ كُلَّهَا المَقْبُوضَ وَغَيْرَهُ أَوْ وَهَبَتِ البَاقِيَ

قوله: لَمْ يَرْجِعْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ بِشَيْءٍ، أي: فيما يتعيَّن وفيما لايتعين، أمَّا فيما يتعين فلا يشكل؛ لما ذكرنا أنه وصل إلى الزوج عين حقّه، وأمَّا فيما لا يتعين فلا يرجع عليها استحساناً.

قوله: وَفِي القِيَاسِ يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِنِصْفِ الصَّدَاقِ - في الوجوه كلها - وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ رَحِمَهُ اللهُ؛ لأنَّها أتلفت الصداق بتصرفها قبل القبض، فكان برائته بالإبراء لا بسبب الطلاق، فلا يحتسب ذلك عمَّا وجب عليها بالطلاق لاختلاف الأسباب، فصار هذا كما لو قبضت ثم وهبت، وفي الاستحسان لا يرجع عليها بشيء، فإن المقصود سلامة نصف الصداق للزوج عند الطلاق، وقد حصلَ له ذلك حين وهبت منه قبل القبض، والهبة قبل القبض في حكم الفسخ، ولهذا لو وهب المشتري المبيع قبل القبض ينفسخ العقد بينهما، نصَّ عليه في «الجامع الكبير»، ولو وصل بسبب الفسخ لم يكن له أن يرجع عليها بشيء فهذا مثله، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: وَلَا يُبَالِي بِاخْتِلَافِ السَّبَبِ عِنْدَ حُصُولِ المَقْصُودِ، فإن قلتَ: يشكل على هذا الأصل ما إذا قال الرَّجل لآخر: بعتني هذه الجارية بكذا، وقال المولى: زوجتها منك، لا يحل له وطئها لاختلاف السبب، مع أن المقصود قد حصل؛ لأن كل واحد من السببين، أعني الشراء والتزوّج يثبت حل الوطء، ذكره في جنايات هذا الكتاب في فصل من قتل عمدًا أو خطأً.

قلتُ: هناك اختلف السبب والحكم معاً، أمَّا السبب فظاهر؛ لما أن الشراء غير التزوج، وأمَّا الحكم فلأن ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكماً؛ لأن النكاح يثبت الحِلَّ

ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا لَمْ يَرْجِعْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ بِشَيْءٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: رَجَعَ عَلَيْهَا بِنِصْفِ مَا قَبَضَتْ) اعْتِبَارًا لِلْبَعْضِ بِالكُلِّ، وَلِأَنَّ هِبَةَ البَعْضِ حَطٌّ فَيَلْتَحِقُ بِأَصْلِ العَقْدِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ مَقْصُودَ الزَّوْجِ قَدْ حَصَلَ وَهُوَ سَلَامَةُ نِصْفِ الصَّدَاقِ بِلَا عِوَضٍ فَلَا يَسْتَوْجِبُ الرُّجُوعَ عِنْدَ الطَّلَاقِ، وَالحَطُّ لَا يَلْتَحِقُ بِأَصْلِ العَقْدِ فِي النِّكَاحِ، أَلَا تَرَى أَنَّ الزِّيَادَةَ فِيهِ لَا تَلْتَحِقُ حَتَّى لَا تَتَنَصَّفُ،

مقصودًا والبيعُ لا يثبته، ولو أثبته لا يكون مقصودًا وهما لا يجتمعان، فعند الاختلاف لم يثبت واحد منهما يقينًا، فصار كأنَّهما لم يثبتا أصلًا للتدافع في الحكم، فلم يثبت الحل؛ لما أن الموضع موضع الاحتياط.

وأمَّا فيما نحن بصدده فحكم السببين متحد؛ لأن كلًّا منهما يُثبت الملك مقصودًا، وفي كل منهما وصول ما يستحقه الزوج إليه وقد وصل، فإن حكم الهبة هاهنا في حق عدم الرجوع مثل حكم الرد لنصف المفروض بحكم الطلاق.

قوله: اعْتِبَارًا لِلْبَعْضِ بِالكُلِّ؛ لأنه لو لم يقبض شيئًا حتى وهبت الكل للزوج ثمَّ طلقها قبل الدخول لا يرجع عليها بشيء، ولو قبضت الكل ثمَّ وهبت للزوج ثمَّ طلقها قبل الدخول يرجع عليها بنصف ما قبضت.

قوله: وَلِأَنَّ هِبَةَ البَعْضِ حَطٌّ، أي: البعض الذي لم يقبضه، ثم حط بعض البدل يلتحق بأصل العقد، فيصير كأنه تزوجها في الابتداء على الخمسمائة المقبوضة.

قوله: وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أَنَّ مَقْصُودَ الزَّوْجِ قَدْ حَصَلَ وَهُوَ سَلَامَةُ نِصْفِ الصَّدَاقِ بِلَا عِوَضٍ فَلَا يَسْتَوْجِبُ الرُّجُوعَ عِنْدَ الطَّلَاقِ، كمن له على آخر دين مؤجّل فاستعجل قبل حلول الأجل.

قوله: وَالحَطُّ لَا يَلْتَحِقُ بِأَصْلِ العَقْدِ فِي النِّكَاحِ، أَلَا تَرَى أَنَّ الزِّيَادَةَ فِيهِ لَا تَلْتَحِقُ، والاستدلال به هو أن الحط كالزيادة في الالتحاق بأصل العقد، فإن الزيادة أينما التحقت

وَلَوْ كَانَتْ وَهَبَتْ أَقَلَّ مِنَ النِّصْفِ وَقَبَضَتِ البَاقِيَ، فَعِنْدَهُ يَرْجِعُ عَلَيْهَا إِلَى تَمَامِ النِّصْفِ، وَعِنْدَهُمَا بِنِصْفِ المَقْبُوضِ (وَلَوْ كَانَ تَزَوَّجَهَا عَلَى عَرَضٍ فَقَبَضَتْهُ أَوْ لَمْ تَقْبِضْ فَوَهَبَتْ لَهُ ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهَا بِشَيْءٍ) وَفِي القِيَاسِ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِنِصْفِ قِيمَتِهِ؛ لِأَنَّ الوَاجِبَ فِيهِ رَدُّ نِصْفِ عَيْنِ المَهْرِ عَلَى مَا مَرَّ تَقْرِيرُهُ، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ حَقَّهُ عِنْدَ الطَّلَاقِ سَلَامَةُ نِصْفِ المَقْبُوضِ مِنْ جِهَتِهَا وَقَدْ وَصَلَ إِلَيْهِ وَلِهَذَا لَمْ يَكُنْ لَهَا دَفْعُ شَيْءٍ آخَرَ مَكَانَهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ

بأصل العقد التحق الحطّ به أيضًا، وهاهنا لم تلتحق الزيادة بأصل العقد فكذا الحط، وألا ترى أنَّها لو حطت عن الزوج إلا خمسة لم يكمل لها عشرة اعتبارًا بالابتداء، ولو التحق الحط بأصل العقد لكمَّل، ولو حطت النصف ولم تهب الباقي حتى طلقها لم ينتصف الباقي اعتبارًا بالابتداء، فعُلِم بِهذا أن الحط غير ملحق بأصل العقد في النكاح.

ثمَّ المعنى في عدم الالتحاق في النكاح والالتحاق في غيره بأصل العقد، هو أن النكاح ليس بعقد معاينة، ولا مبادلة مال بمال، فلا تقع الحاجة إلى دفع الغبن فلا يلتحق بأصله، بخلاف البيع فإنه عقد مغابنة ومرابحة فتقع الحاجة إلى دفع الغبن، ولا يمكن ذلك إلا بأن يلتحق الحطّ بأصل العقد؛ ولأن الحطّ يلتحق بأصل العقد فيما يرجع إلى براءة ذمَّة العاقد عن المحطوط، لا في إيجاب الغُرم عليه بسببه؛ لأنه متبرِّع في ذلك والتبرع لا يوجب الضمان على المتبرِّع فيما يتبرع به، كذا في «الأسرار»، و«شرح الجامع الصغير».

قوله: فَعِنْدَهُ يَرْجِعُ عَلَيْهَا إِلَى تَمَامِ النِّصْفِ، وَعِنْدَهُمَا بِنِصْفِ المَقْبُوضِ، صورته ما إذا تزوجها على ألف، فوهبت المرأةُ مائتين وقبضت الباقيَ، فعند أبي حنيفة رحمه الله يرجع عليها بثلاثمائة درهم حتى يتم النصف، وعندهما يرجع عليها بأربعمائة درهم؛ لأن عنده ما سلم للزوج معتبَرٌ، وعندهما المعتبر هو المقبوض فصار كأنه تزوَّجها على ما قبضت فيتنصَّف المقبوضُ وهو ثمانمائة.

قوله: عَلَى مَا مَرَّ تَقْرِيرُهُ، وهو **قوله: لِأَنَّهُ سَلَّمَ المَهْرَ لَهُ بِالإِبْرَاءِ فَلَا تَبْرَأُ عَمَّا يَسْتَحِقُّهُ بِالطَّلَاقِ.**

الْمَهْرُ دَيْنًا، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَتْ مِنْ زَوْجِهَا؛ لِأَنَّهُ وَصَلَ إِلَيْهِ بِبَدَلٍ.

(وَلَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى حَيَوَانٍ أَوْ عُرُوضٍ فِي الذِّمَّةِ فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ) لِأَنَّ الْمَقْبُوضَ مُتَعَيِّنٌ فِي الرَّدِّ وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْجَهَالَةَ تَحَمَّلَتْ فِي النِّكَاحِ فَإِذَا عَيَّنَ فِيهِ يَصِيرُ كَأَنَّ

قوله: وَبِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَتْ مِنْ زَوْجِهَا، أي: المهر العَرْض؛ لِأَنَّهُ وَصَلَ إِلَيْهِ بِبَدَلٍ، والزوج يستحق عليها نصف المهر بغير عوض، فلا ينوب هذا عمَّا يستحقه بالطلاق قبل الدخول، فلذلك يرجع عليها بنصف المهر.

قوله: وَلَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى حَيَوَانٍ، المراد به الفرس، أو الحمار أو نحوهما، لا مطلقُ الحيوان، فإن التسمية تفسد بذكر مطلق الحيوان، فيجب حينئذٍ مهر المثل على ما يجيء في هذا الباب.

قوله: فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ، أي: لم يرجع عليها بشيء سواء قبضت أو لم تقبض.

قوله: وَهَذَا لِأَنَّ الْجَهَالَةَ تَحَمَّلَتْ فِي النِّكَاحِ، إلى آخره، هذا إقامة الدليل على دعوتين:

إحداهما: أن الحيوان الذي أردناه بأنه فرس أو حمار وإن كان مجهولاً، يصلح ديناً في الذمة في باب النكاح، بخلاف المعاوضات المحضة.

والثاني: أن الحيوان والعروض مما يتعين بالتعيين، بخلاف الدراهم والدنانير.

ثم فائدة الدعوة الأولى صحة التسمية، حتى منعت وجوبَ مهر المثل، وفائدة الدعوى الثانية شيئان:

أحدهما: هو أنَّها لو وهبت للزوج بعد القبض وطلَّقها زوجها قبل الدخول لم يلزم له عليها شيء من نصف المهر، بخلاف الدراهم والدَّنانير حيث كان يرجع الزوج عليها بنصف المهر بعد ما أخذ منها جميع ما أعطى بطريق الهبة؛ لأن الدراهم لا تتعين بالتعيين، فيجعل كأنَّ هذه الدراهم التي قبضها منها بطريق الهبة غير تلك الدراهم التي أعطاها إيَّاها بطريق المهر.

والثاني: أنَّها لو لم تهب وطلقها زوجُها قبل الدخول يجب عليها رد نصف ما قبضت

التَّسْمِيَةَ وَقَعَتْ عَلَيْهِ (وَإِذَا تَزَوَّجَهَا عَلَى أَلْفٍ عَلَى أَنْ لَا يُخْرِجَهَا مِنَ البَلْدَةِ أَوْ عَلَى أَنْ لَا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا أُخْرَى، فَإِنْ وَفَّى بِالشَّرْطِ فَلَهَا المُسَمَّى) ؛ لِأَنَّهُ صَلُحَ مَهْرًا وَقَدْ تَمَّ رِضَاهَا بِهِ (وَإِنْ تَزَوَّجَ عَلَيْهَا أُخْرَى أَوْ أَخْرَجَهَا فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا) ؛ لِأَنَّهُ سَمَّى مَا لَهَا فِيهِ نَفْعٌ، فَعِنْدَ فَوَاتِهِ يَنْعَدِمُ رِضَاهَا بِالأَلْفِ فَيُكْمِلُ مَهْرَ مِثْلِهَا كَمَا فِي تَسْمِيَةِ الكَرَامَةِ وَالهَدِيَّةِ مَعَ الأَلْفِ.

(وَلَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى أَلْفٍ إِنْ أَقَامَ بِهَا وَعَلَى أَلْفَيْنِ إِنْ أَخْرَجَهَا، فَإِنْ أَقَامَ بِهَا فَلَهَا الأَلْفُ، وَإِنْ أَخْرَجَهَا فَلَهَا مَهْرُ المِثْلِ، لا يُزَادُ عَلَى الأَلْفَيْنِ وَلا يُنْقَصُ عَنِ الأَلْفِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: الشَّرْطَانِ جَمِيعًا جَائِزَانِ) حَتَّى كَانَ لَهَا الأَلْفُ إِنْ أَقَامَ

بعينه، وليس لها ولاية منع ما قبضت وإعطاء غيره، بخلاف الدراهم والدنانير.

قوله: وَإِذَا تَزَوَّجَهَا عَلَى أَلْفٍ عَلَى أَنْ لَا يُخْرِجَهَا مِنَ البَلْدَةِ، صورة المسألة فيما إذا كان مهر مثل هذه المرأة أكثر من ألف درهم، فسمى لها الزوجُ ألفَ درهم بشرط أن يفي لها ما هو مرغوبها من أن لا يخرجها من بلدتها، أو أن لا يتزوج عليها أخرى، أو يطلق فلانة، ثم أبى أن يُطلِّقها أو أخرجها من بلدها فلها كمال مهر مثلها عندنا؛ لأنها إنما رضيت بالألف باعتبار وفاءِ ما شرط لها، فإذا لم يسلم لها ذلك كان لها كمال مهر مثلها.

قوله: كَمَا فِي تَسْمِيَةِ الكَرَامَةِ، بأن يكرمها ولا يُكلِّفها الأعمال الشاقة وما تتعبُ به مع الألف.

قوله: وَالهَدِيَّةِ مَعَ الأَلْفِ، أي: وشرط أن يُهديَ لها هديَّة ويُرسل إليها الثياب الفاخرة مثلًا مع الألف، وقال زُفر رحمه الله: إن شرط لها مع الألف ما هو مال كالهديَّة فالجواب هكذا، وإن شرط ما ليس بمال كطلاق الضرَّة فليس لها إلا الألفُ؛ لأن المال يتقوم بالإتلاف فكذلك يتقوَّم بمنع التسليم إذا شُرط لها في العقد، فأمَّا الطلاق ونحوه فلا يتقوَّمُ بالإتلاف، فكذلك بمنع التسليم، ولكنَّا لا نوجبُ التسليمَ باعتبار تقوّم ما شُرط لها، وإنما كان لانعدام رضاها بالألف بدون المنفعة المشروطة، كذا في «المبسوط».

بِهَا وَالأَلْفَانِ إِنْ أَخْرَجَهَا، وَقَالَ زُفَرُ: الشَّرْطَانِ جَمِيعًا فَاسِدَانِ، وَيَكُونُ لَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا لا يُنْقَصُ مِنْ أَلْفٍ وَلا يُزَادُ عَلَى أَلْفَيْنِ وَأَصْلُ المَسْأَلَةِ فِي الإِجَارَاتِ فِي قَوْلِهِ: إِنْ خِطْتَهِ اليَوْمَ فَلَكَ دِرْهَمٌ، وَإِنْ خِطْتَهِ غَدًا فَلَكَ نِصْفُ دِرْهَمٍ، وَسَنُبَيِّنُهَا فِيهِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى. (وَلَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى هَذَا العَبْدِ أَوْ عَلَى هَذَا العَبْدِ فَإِذَا أَحَدُهُمَا أَوْكَسُ وَالآخَرُ أَرْفَعُ؛ فَإِنْ كَانَ مَهْرُ مِثْلِهَا أَقَلَّ مِنْ أَوْكَسِهِمَا فَلَهَا الأَوْكَسُ، وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ مِنْ أَرْفَعِهِمَا فَلَهَا الأَرْفَعُ، وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: لَهَا الأَوْكَسُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ.

(فَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا فَلَهَا نِصْفُ الأَوْكَسِ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ بِالإِجْمَاعِ) لَهُمَا أَنَّ المَصِيرَ إِلَى مَهْرِ المِثْلِ لِتَعَذُّرِ إِيجَابِ المُسَمَّى، وَقَدْ أَمْكَنَ إِيجَابُ الأَوْكَسِ إِذِ الأَقَلُّ مُتَيَقَّنٌ فَصَارَ كَالخُلْعِ وَالإِعْتَاقِ عَلَى مَالٍ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ المُوجِبَ الأَصْلِيَّ مَهْرُ المِثْلِ إِذْ هُوَ الأَعْدَلُ، وَالعُدُولُ عَنْهُ عِنْدَ صِحَّةِ التَّسْمِيَةِ وَقَدْ فَسَدَتْ لِمَكَانِ الجَهَالَةِ

قوله: فَلَهَا نِصْفُ الأَوْكَسِ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ بِالإِجْمَاعِ، عندهما لا يشكل، وكذلك عنده؛ لأن مهر المثل لا يعتبر بعد الطلاق قبل الدخول، فيجب ما هو المتيقن، ونصف الأوكس متيقن وهو فوق المتعة ظاهرًا.

قوله: فَصَارَ كَالخُلْعِ وَالإِعْتَاقِ عَلَى مَالٍ، أي: بهذا الطريق الذي ذكر بأن خالع أو أعتق على ألف أو ألفين على هذا العبد أو على هذا العبد.

قوله: أَنَّ المُوجِبَ الأَصْلِيَّ مَهْرُ المِثْلِ، كالقيمة في باب البيع، إِذْ هُوَ الأَعْدَلُ، أي: مهر المثل هو الأعدل؛ لأنه لا تجري فيه الزيادة والنقصان؛ لأنه قيمة البُضع وقيمة الشيء لا تزيد ولا تنقص، بخلاف التسمية؛ فإن فيها تقع الزيادة والنقصان.

قوله: وَقَدْ فَسَدَتْ لِمَكَانِ الجَهَالَةِ؛ لأنه أدخل فيه كلمة الشك.

بِخِلَافِ الخُلْعِ وَالإِعْتَاقِ عَلَى مَالٍ؛ لِأَنَّهُ لا مُوجِبَ لَهُ فِي البَدَلِ، إِلَّا أَنَّ مَهْرَ المِثْلِ إِذَا كَانَ أَكْثَرَ مِنَ الأَرْفَعِ فَالمَرْأَةُ رَضِيَتْ بِالحَطِّ، وَإِنْ كَانَ أَنْقَصَ مِنَ الأَوْكَسِ فَالزَّوْجُ رَضِيَ بِالزِّيَادَةِ، وَالوَاجِبُ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ فِي مِثْلِهِ المُتْعَةُ وَنِصْفُ الأَوْكَسِ يَزِيدُ عَلَيْهَا فِي العَادَةِ فَوَجَبَ لِاعْتِرَافِهِ بِالزِّيَادَةِ.

(وَإِذَا تَزَوَّجَهَا عَلَى حَيَوَانٍ غَيْرِ مَوْصُوفٍ صَحَّتِ التَّسْمِيَةُ وَلَهَا الوَسَطُ مِنْهُ، وَالزَّوْجُ مُخَيَّرٌ إِنْ شَاءَ أَعْطَاهَا ذَلِكَ وَإِنْ شَاءَ أَعْطَاهَا قِيمَتَهُ) قَالَ - رَحِمَهُ اللهُ -: مَعْنَى

قوله: مَعْنَى هَذِهِ المَسْأَلَةِ أَنْ يُسَمِّيَ جِنْسَ الحَيَوَانِ - أي: نوعَه - بِأَنْ يَتَزَوَّجَهَا عَلَى فَرَسٍ أَوْ حِمَارٍ، فالحاصل أن جهالة الجنس كما لو تزوَّجها على حيوان، أو جهالة القدر كما لو تزوَّجها على حنطة أو شعير في الذمة مانعةٌ لصحة التسمية، وجهالةُ النوع والوصف لا تمنع؛ لأن المهر عوض بأصله وليس بعوض في حقِّ صفة الماليَّة؛ لأنه لا ماليَّة فيما يقابله، فكان عوضًا من وجهٍ واجبًا مبتدأ من وجهٍ، فلكونه واجبًا مبتدأ من وجهٍ صحَّ مع جهالة الوصف والنوع، ولكونه عوضًا من وجه لم يصح مع جهالة الجنس والقدر عملًا بهما.

ثمَّ فيما تزوَّج على مجهول الجنس تبطل التسمية ويجب مهر المثل بالغًا ما بلغ، نحو أن يتزوَّجها على ثوب، أو دابة، أو حيوان، وفيما إذا تزوَّج على فرس أو حمار فهو معلوم النوع مختلف الأوصاف، وحكمه أن الزوج بالخيار إن شاء أعطى لها الوسطَ من ذلك، وإن شاء أعطى قيمته، وتُجبر المرأة على القبول بخلاف البيع؛ لأن النكاح يحتمل ضربًا من الجهالة، فإنه يجوز بمهر المثل مع جهالته، وكل جهالة هي نظير جهالة مهر المثل لا يمنع صحة التسمية، وجهالة الوصف نظير ذلك، فأمَّا البيع فلا يصحُّ مع الجهالة أصلًا، ونوع من المهر هو معلوم النوع والصفة، بأن يزوجها على مكيل موصوف أو موزون موصوف في الذمة فإنه يجوز، ولا خيار للزوج في ذلك بل يُجبر الزوج على دفعه إليها، ولا يجوز أن يدفع قيمةَ ذلك إلا برضاها؛ لأن هذا يثبت دينًا في الذمة صحيحًا، ولهذا جاز البيع به فحصل ما يسمَّى من المهر دينًا ثلاثة أنواع: جهالة فاحشة، وجهالة مستدركة، وما لا جهالة فيه أصلًا،

هَذِهِ المَسْأَلَةِ أَنْ يُسَمِّيَ جِنْسَ الحَيَوَانِ دُونَ الوَصْفِ، بِأَنْ يَتَزَوَّجَهَا عَلَى فَرَسٍ أَوْ حِمَارٍ، أَمَّا إذَا لَمْ يُسَمِّ الجِنْسَ بِأَنْ يَتَزَوَّجَهَا عَلَى دَابَّةٍ لا تَجُوزُ التَّسْمِيَةُ وَيَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ فِي الوَجْهَيْنِ جَمِيعًا؛ لِأَنَّ عِنْدَهُ مَا لا يَصْلُحُ ثَمَنًا فِي البَيْعِ لا يَصْلُحُ مُسَمًّى فِي النِّكَاحِ إذْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُعَاوَضَةٌ، وَلَنَا أَنَّهُ مُعَاوَضَةُ مَالٍ بِغَيْرِ مَالٍ فَجَعَلْنَاهُ التِزَامَ المَالِ ابْتِدَاءً حَتَّى لا يَفْسُدُ بِأَصْلِ الجَهَالَةِ كَالدِّيَةِ وَالأَقَارِيرِ، وَشَرَطْنَا أَنْ يَكُونَ المُسَمَّى مَالًا وَسَطُهُ مَعْلُومٌ رِعَايَةً

كذا في «التحفة»، و«فتاوى الإمام الولوالجي» رحمه الله.

قوله: وَلَنَا أَنَّهُ مُعَاوَضَةُ مَالٍ بِغَيْرِ مَالٍ، إلى آخره، بيان هذا هو أن المهر إنما يستحق عوضًا عمَّا ليس بمالٍ، والحيوان يثبت دينًا في الذمة مطلقًا في مبادلة ما ليس بمال بمالٍ، ألا ترى أن الشرع أوجب في الذمَّة مائة من الإبل، وأوجب في الجنين غرةً عبدًا أو أمة، فإذا جاز أن يثبت الحيوان مطلقاً ديناً في الذمة عوضًا عمَّا ليس بمال شرعًا فكذلك يثبت شرطاً؛ وهذا لأن في معنى الماليَّة هذا مالٌ يلزمه ابتداءً، والجهالة المستدرَكة في التزام المال ابتداءً لا تمنع صحته كما في الإقرار، فإن من أقرَّ لإنسان بعبد صحَّ إقراره، إلا أنَّ هناك لا ينصرف إلى الوسط عند محمد رحمه الله؛ لأن المقرّ به عينه ليس بعوض، وهنا عينُ المهر عوض، وإن كان باعتبار صفة الماليَّة هو التزام مبتدأ، فلكونه عوضًا صرفناه عند إطلاق التسمية إلى الوسط، ليعتدل النظر من الجانبين كما أوجب الشرع في الزكوات الوسط، نظرًا للفقراء وأرباب الأموال، ولكونه ما لا يلتزم ابتداء لا يمنع جهالة الصفة صحَّة الالتزام، ولهذا لو أتاها بالقيمة أجبرت على القبول؛ لأن صحة الالتزام باعتبار صفة الماليَّة والقيمةُ فيه كالعين، كذا في «المبسوط».

قوله: وَشَرَطْنَا أَنْ يَكُونَ المُسَمَّى مَالًا، هذا جواب سؤال مقدَّر بأن يقال: لما أُلحق هذا بالإقرار ينبغي أن تصح التسمية هنا، وإن كان المسمَّى مجهول الجنس كما في الإقرار؛ فإنه لو قال: لفلان عليَّ شيء، يصح إقراره ويجبُ عليه بيانُ ما أقرَّ به.

لِلْجَانِبَيْنِ، وَذَلِكَ عِنْدَ إِعْلَامِ الجِنْسِ؛ لِأَنَّهُ يَشْتَمِلُ عَلَى الجَيِّدِ وَالرَّدِيءِ وَالوَسَطُ ذُو حَظٍّ مِنْهُمَا، بِخِلَافِ جَهَالَةِ الجِنْسِ؛ لِأَنَّهُ لا وَسَطَ لَهُ لِاخْتِلَافِ مَعَانِي الأَجْنَاسِ، وَبِخِلَافِ البَيْعِ؛ لِأَنَّ مَبْنَاهُ عَلَى المُضَايَقَةِ وَالمُمَاكَسَةِ، أَمَّا النِّكَاحُ فَمَبْنَاهُ عَلَى المُسَامَحَةِ، وَإِنَّمَا يَتَخَيَّرُ؛ لِأَنَّ الوَسَطَ لا يُعْرَفُ إِلَّا بِالقِيمَةِ فَصَارَتْ أَصْلًا فِي حَقِّ الإِيفَاءِ، وَالعَبْدُ أَصْلُ تَسْمِيَةٍ فَيَتَخَيَّرُ بَيْنَهُمَا.

(وَإِنْ تَزَوَّجَهَا عَلَى ثَوْبٍ غَيْرِ مَوْصُوفٍ فَلَهَا مَهْرُ المِثْلِ) وَمَعْنَاهُ: ذَكَرَ الثَّوْبَ وَلَمْ يَزِدْ عَلَيْهِ، وَوَجْهُهُ أَنَّ هَذِهِ جَهَالَةُ الجِنْسِ إِذِ الثِّيَابُ أَجْنَاسٌ (وَلَوْ سَمَّى جِنْسًا بِأَنْ قَالَ هِرَوِيٌّ يَصِحُّ التَّسْمِيَةُ وَيُخَيَّرُ الزَّوْجُ) لِمَا بَيَّنَّا (وَكَذَا إِذَا بَالَغَ فِي وَصْفِ الثَّوْبِ) فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ ذَوَاتِ الأَمْثَالِ (وَكَذَا إِذَا سَمَّى مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا وَسَمَّى جِنْسَهُ دُونَ صِفَتِهِ، وَإِنْ سَمَّى جِنْسَهُ وَصِفَتَهُ لا يُخَيَّرُ) لِأَنَّ المَوْصُوفَ مِنْهُمَا يَثْبُتُ فِي الذِّمَّةِ ثُبُوتًا صَحِيحًا (وَإِنْ تَزَوَّجَ مُسْلِمٌ عَلَى خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ فَالنِّكَاحُ جَائِزٌ وَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا)؛ لِأَنَّ شَرْطَ قَبُولِ الخَمْرِ شَرْطٌ فَاسِدٌ فَيَصِحُّ النِّكَاحُ وَيَلْغُو

قوله: فَيَتَخَيَّرُ بَيْنَهُمَا، أي: الزوج يتخيَّر بين أداء العبد وبين أداء قيمته، والمرأةُ تُجبر على القبول بأيِّهما.

قوله: إِذِ الثِّيَابُ أَجْنَاسٌ، مختلفة من القطن، والكتان، والإبريسم وغير ذلك، كذا في «المبسوط».

قوله: وَإِنْ تَزَوَّجَ مُسْلِمٌ عَلَى خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ فَالنِّكَاحُ جَائِزٌ، وعلى قول مالك رضي الله عنه: النكاح فاسد؛ لأن تسمية الخمر والخنزير تمنع وجوب عوض آخر، ولا يمكن إيجابُ الخمر بالعقد على المسلم فكان باطلًا، كما لو باع عينًا بخمر، ولكنَّا نقول: هما شرطا قبولَ

الشَّرْطُ، بِخِلَافِ البَيْعِ؛ لِأَنَّهُ يَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ لَكِنْ لَمْ تَصِحَّ التَّسْمِيَةُ لِمَا أَنَّ المُسَمَّى لَيْسَ بِمَالٍ فِي حَقِّ المُسْلِمِ فَوَجَبَ مَهْرُ المِثْلِ.

(فَإِنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلَى هَذَا الدَّنِّ مِنَ الخَلِّ فَإِذَا هُوَ خَمْرٌ فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَهَا مِثْلُ وَزْنِهِ خَلًّا (وَإِنْ تَزَوَّجَهَا عَلَى هَذَا العَبْدِ فَإِذَا هُوَ حُرٌّ يَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: تَجِبُ القِيمَةُ، لِأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ أَطْمَعَهَا مَالًا وَعَجَزَ عَنْ تَسْلِيمِهِ فَتَجِبُ قِيمَتُهُ أَوْ مِثْلُهُ إِنْ كَانَ مِنْ ذَوَاتِ الأَمْثَالِ كَمَا إِذَا هَلَكَ العَبْدُ المُسَمَّى قَبْلَ التَّسْلِيمِ، وَأَبُو حَنِيفَةَ يَقُولُ: اجْتَمَعَتِ الإِشَارَةُ وَالتَّسْمِيَةُ فَتُعْتَبَرُ الإِشَارَةُ لِكَوْنِهَا أَبْلَغَ فِي المَقْصُودِ وَهُوَ التَّعْرِيفُ فَكَأَنَّهُ تَزَوَّجَ

الخمر وهو شرط فاسد، إلا أن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة، وشرطُ صحة التسمية أن يكون المسمَّى مالًا، فإذا بطلت صار كأنه لم يسم لها عوضًا فكان لها مهر مثلها، وهكذا نقول في البيع يصير كأنه لم يسم ثمنًا، والبيع يفسد عند عدم تسمية الثمن، كذا في «المبسوط».

وذكر في «الإيضاح»: وعقد النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع، فكان الفقهُ فيه هو أن الشرط الفاسد في البيع يُصيِّره ربًا، والربا حرام بنصّ الكتاب ولا ربا في باب النكاح، فلم يُؤثر الشرطُ في ركن العقد فبقيَ الركن صحيحًا، ولغا الشرط الفاسد.

قوله: فَإِنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلَى هَذَا الدَّنِّ مِنَ الخَلِّ فَإِذَا هُوَ خَمْرٌ، فحاصلُ الخلاف بينهم هو أن محمدًا مع أبي يوسف رحمهما الله في ذوات الأمثال في أن الحكم يتعلق بالتسمية دون مهر المثل، ومع أبي حنيفة رضي الله عنه في ذوات القيم في إيجاب مهر المثل دون التسمية.

ثم الأصل عندهم هو أن المعتبر هو الإشارة عند أبي حنيفة رحمه الله في الفصول كلها، حتى إذا لم يكن المشار إليه مالًا كان لها مهر المثل، وعند محمد رحمه الله في الجنس الواحد تعتبر الإشارة، وفي الجنسين تعتبر التسمية، وعند أبي حنيفة تعتبر التسمية في الفصول كلها.

قوله: فَتُعْتَبَرُ الإِشَارَةُ لِكَوْنِهَا أَبْلَغَ فِي المَقْصُودِ؛ وذلك لأن تسميته واقعةٌ على المشار

عَلَى خَمْرٍ أَوْ حُرٍّ، وَمُحَمَّدٌ يَقُولُ: الأَصْلُ أَنَّ المُسَمَّى إِذَا كَانَ مِنْ جِنْسِ المُشَارِ إِلَيْهِ يَتَعَلَّقُ العَقْدُ بِالمُشَارِ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّ المُسَمَّى مَوْجُودٌ فِي المُشَارِ إِلَيْهِ ذَاتًا، وَالوَصْفُ يَتْبَعُهُ وَإِنْ كَانَ مِنْ خِلَافِ جِنْسِهِ يَتَعَلَّقُ بِالمُسَمَّى؛ لِأَنَّ المُسَمَّى مِثْلٌ لِلْمُشَارِ إِلَيْهِ وَلَيْسَ بِتَابِعٍ لَهُ، وَالتَّسْمِيَةُ أَبْلَغُ فِي التَّعْرِيفِ مِنْ حَيْثُ أَنَّهَا تُعَرِّفُ المَاهِيَّةَ، وَالإِشَارَةُ تُعَرِّفُ الذَّاتَ، أَلَا تَرَى أَنَّ مَنِ اشْتَرَى فَصًّا عَلَى أَنَّهُ يَاقُوتٌ فَإِذَا هُوَ زُجَاجٌ لا يَنْعَقِدُ

إليه؛ لأنه قال تزوجتك على هذا، فبقي إشكال على هذا، وهو أنه سمَّاه بغير اسمه لكن بهذا لا يمتنع انصراف التسمية إليه؛ لأن الشيء قد يُسمَّى باسم مجازه كما يسمَّى باسم حقيقته، ألا ترى أن من قال لامرأته: هذه الكلبة طالق، طلقت أو قال لعبده: هذا الحمار حُرّ، فإنه يعتق عليه، فلو امتنعت الإضافة إليه بتسميته باسم غيره لَما وقع الطلاق والعتاق.

وإنما لا يمتنع لأن التسمية تحتمل المجاز، أمَّا الإشارة فلا تحتملە فلا يستقيم أن يجعل الإشارةُ إلى عين إشارة إلى غيره، أما إطلاق اسم عين يجوز على عين آخر مجازًا، فكان صرف التسمية إلى المشار إليه ممكنـًا، أمَّا صرف الإشارة إلى محل آخر غير ممكن؛ لأن الإشارة إلى شيء بمنزلة وضع اليد على ذلك الشيء، فلا يتصوَّر أن يكون الوضع على شيء وضعًا على آخر، فيتعلق الحكم بالمشار إليه ضرورة، والمشار إليه ليس بمال فيجب مهر المثل، إلى هذا أشار فخر الإسلام رحمه الله.

قوله: وَالوَصْفُ يَتْبَعُهُ، أي: في الاستحقاق، كذا في «الأسرار».

قوله: وَالتَّسْمِيَةُ أَبْلَغُ فِي التَّعْرِيفِ مِنْ حَيْثُ أَنَّهَا تُعَرِّفُ المَاهِيَّةَ، وَالإِشَارَةُ تُعَرِّفُ الذَّاتَ، فإن التسمية للتعريف والإشارة كذلك، وكل واحد منهما اختصّ بنوع تعريف، والإشارة تقطع شركة الأغيار وتثبت التعيين لكن لا يفيد العلم بصفة المشار إليه وماهيَّته، والتسمية تفيد العلم بصفة المسمى وماهيته، لكن شائعًا في الجنس فيجبُ اعتبارهما، وتعذَّر اعتبارهما في شيء واحد؛ لأن قضيَّة الإشارة وجوب مهر المثل إذا كان المشار إليه حُرًّا، وقضيةُ تسمية العبد وجوب القيمة فيجبُ اعتبارهما في حالين، ففي الجنس الواحد اعتبرنا

العَقْدُ لِاخْتِلَافِ الجِنْسِ، وَلَوِ اشْتَرَى عَلَى أَنَّهُ يَاقُوتٌ أَحْمَرُ فَإِذَا هُوَ أَخْضَرُ يَنْعَقِدُ العَقْدُ لِاتِّحَادِ الجِنْسِ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا العَبْدُ مَعَ الحُرِّ جِنْسٌ وَاحِدٌ لِقِلَّةِ التَّفَاوُتِ فِي المَنَافِعِ، وَالخَمْرُ مَعَ الخَلِّ جِنْسَانِ لِفُحْشِ التَّفَاوُتِ فِي المَقَاصِدِ.

الإشارة وفي الجنسين اعتبرنا التسمية، والاعتبار على هذا الوجه أولى من العكس؛ لأن المرأة رضيت بالمسمَّى، وعند قلة التفاوُت لو علقنا حق المرأة بالمشار إليه لا تتضر كثير ضرر فيتعلق بالمسمى، والتفاوت في الجنس الواحد يسير وفي الجنسين كثير.

وهو معنى ما قال مشايخنا: أن المشار إليه إذا كان من جنس المسمى يتعلق العقد بالمشار إليه، وإذا كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى، حتى قالوا: لو اشْتَرَى فَصًّا عَلَى أَنَّهُ يَاقُوتٌ فَإِذَا هُوَ زُجَاجٌ، يبطل العقد؛ لأنَّهما جنسان فيتعلق العقدُ بالمسمى، والمسمى معدوم فيبطل، ولو اشترى فصًّا على أنه ياقوت أخضر فإذا هو أحمر جاز العقد ويخير المشتري؛ لأنهما جنس واحد فيتعلق العقد بالمشار إليه فيصح العقد ويخير المشتري، لفوات الوصف المشروط، وكذا لو اشترى حيواناً على أنه ذكر فإذا هو أنثى جاز العقد ويخير المشتري؛ لأن الذكر والأنثى في البهائم جنس واحد، وفي الآدمي الذكر والأنثى جنسان مختلفان.

إذا ثبتَ هذا فنقول: الحرّ مع العبد جنس واحد، وكذلك المُذكَّاة مع الميتة لاتفاقهما في الصورة وأكثر المعانِي، إنَّما الاختلاف بينهما في صفة واحدة وهي المالية، فإذا غلب ما يوجب الاتحاد جُعل جنسًا واحدًا، فيعتبر الإشارة فكان لها مهر المثل لعدم صلاحية المشار إليه للمهر.

أمَّا الخل مع الخمر جنسان مختلفان؛ لأنهما اتفقا صورةً واختلفا اسمًا ومعنًى والعبرة للمعنى، وعند اختلاف الجنس لا تعتبر الإشارة، ويصير كأنه قال: تزوجتُك على دنٍّ من الخل، وأبو حنيفة رحمه الله يقول: الأمرُ كما قال محمد رحمه الله، إلا أن في الحُر والعبد والخمر والخل اختلف المعانِي والصفات في ذاتٍ واحدةٍ في صورةٍ واحدةٍ، فإن الحُرّ يسترق والخمر يُخلّل، فهما صفتان تتعاقبان على ذات واحدة، ومثل هذا الاختلاف لا يوجب اختلاف المجانسة كالصغر والكبر، وإذا ثبت أن الجنس واحد كانت العبرة للإشارة، والمشار إليه ليس بمال فكان لها مهر المثل، فإذا ثبتَ هذا في العبد الواحد فنقول: إذا تزوجها على هذين

(فَإِنْ تَزَوَّجَهَا عَلَى هَذَيْنِ العَبْدَيْنِ فَإِذَا أَحَدُهُمَا حُرٌّ فَلَيْسَ لَهَا إِلَّا البَاقِي إِذَا سَاوَى عَشَرَةَ دَرَاهِمَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) لِأَنَّهُ مُسَمًّى، وَوُجُوبُ المُسَمَّى وَإِنْ قَلَّ يَمْنَعُ وُجُوبَ مَهْرِ المِثْلِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَهَا العَبْدُ وَقِيمَةُ الحُرِّ لَوْ كَانَ عَبْدًا؛ لِأَنَّهُ أَطْمَعَهَا سَلَامَةَ العَبْدَيْنِ وَعَجَزَ عَنْ تَسْلِيمِ أَحَدِهِمَا فَتَجِبُ قِيمَتُهُ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ - وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ -: لَهَا العَبْدُ البَاقِي وَتَمَامُ مَهْرِ مِثْلِهَا إِنْ كَانَ مَهْرُ مِثْلِهَا أَكْثَرَ مِنْ قِيمَةِ العَبْدِ؛ لِأَنَّهُمَا لَوْ كَانَا حُرَّيْنِ يَجِبُ تَمَامُ مَهْرِ المِثْلِ عِنْدَهُ فَإِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا عَبْدًا يَجِبُ العَبْدُ وَتَمَامُ مَهْرِ المِثْلِ.

العبدين فإذا أحدهما حرّ، وهو ظاهر، كذا ذكره الإمام المحبوبي، وقاضي خان رحمهما الله.

قوله: وَوُجُوبُ المُسَمَّى وَإِنْ قَلَّ يَمْنَعُ وُجُوبَ مَهْرِ المِثْلِ، فإن قيل: يشكل على هذا ما ذكره قبل هذا بورقٍ وهو قوله: وَلَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى أَلْفٍ إِنْ أَقَامَ بِهَا، إلى أن قال: وَإِنْ أَخْرَجَهَا فَلَهَا مَهْرُ المِثْلِ، وكذلك ما ذكره في «الزيادات»: أن الرجل إذا تزوَّج امرأة على ألف درهم وعلى أن يعتق أباها، ثم إن لم يَفِ بالشرط فلها الألف إلى تمام مهر مثلها، فعُلم بهذا أن ذكر المسمَّى لا يمنع وجوب مهر المثل.

قلنا: إن المرأة إنما رضيت بالألف بشرط وفاء ما قُرِن به، وهو الإقامة في البلد وعتق أبيها، فإذا لم يصل ذلك المشروطُ إليها صار كأن التسمية لم توجد فيجب مهر المثل، وأمَّا العقد الباقي في هذه الصورة فقد رضيت به معنًى وإن لم ترض به صورةً، وذلك أنه لمَّا ظهر أن أحدهما حُرّ صار كأنه تزوجها ابتداءً على حرٍّ وعبد، فلو كان كذلك لا يجب مهر المثل فكذا هنا؛ ولأن المرأة يلزمها الضرر الكثير هناك وإن لم يكمَّل مهر المثل لعدم إمكان توقيتها عنه، فكانت مغرورة بشرط الزوج فيجبُ عليه دفع الغرور بتكميل مهر المثل، وفيما نحن بصدده يمكنها التعرف عن كل واحد من المشار إليهما قبل النكاح، فلو لزمها الضرر إنَّما لزمها بتفريط كان منها، فكان هذا الضرر أخفَّ.

(وَإِذَا فَرَّقَ القَاضِي بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ فِي النِّكَاحِ الفَاسِدِ قَبْلَ الدُّخُولِ فَلا مَهْرَ لَهَا)؛ لِأَنَّ المَهْرَ فِيهِ لا يَجِبُ بِمُجَرَّدِ العَقْدِ لِفَسَادِهِ، وَإِنَّمَا يَجِبُ بِاسْتِيفَاءِ مَنَافِعِ البُضْعِ (وَكَذَا بَعْدَ الخَلْوَةِ)؛ لِأَنَّ الخَلْوَةَ فِيهِ لا يَثْبُتُ بِهَا التَّمَكُّنُ فَلَا تُقَامُ مَقَامَ الوَطْءِ (فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا لا يُزَادُ عَلَى المُسَمَّى) عِنْدَنَا خِلَافًا لِزُفَرَ هُوَ يَعْتَبِرُهُ بِالبَيْعِ الفَاسِدِ، وَلَنَا أَنَّ المُسْتَوْفَى لَيْسَ بِمَالٍ وَإِنَّمَا يَتَقَوَّمُ بِالتَّسْمِيَةِ فَإِذَا زَادَتْ عَلَى مَهْرِ المِثْلِ لَمْ تَجِبِ الزِّيَادَةُ لِعَدَمِ صِحَّةِ التَّسْمِيَةِ، وَإِنْ نَقَصَتْ لَمْ تَجِبِ الزِّيَادَةُ عَلَى المُسَمَّى

قوله: وَإِذَا فَرَّقَ القَاضِي بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ فِي النِّكَاحِ الفَاسِدِ، فمن النكاح الفاسد النكاحُ بغير شهود، ونكاح الأخت في عدَّة الأخت في الطلاق البائن، ونكاح الخامسة في عدَّة الرابعة، ونكاح الأمة على الحرة وغيرها.

ثم هذا الحكم وهو عدم وجوب المهر قبل الدخول كما هو في تفريق القاضي، فكذلك في المتاركة، وتسمية الزوجين مجاز لوجود صورة التزوّج.

قوله: هُوَ يَعْتَبِرُهُ بِالبَيْعِ الفَاسِدِ، أي: أن القيمة في البيع الفاسد تجب بالغة ما بلغت، وإن كانت زائدة على الثمن فيجب أن يكون مهر المثل في النكاح الفاسد كذلك، فيجب هو وإن كان زائدًا على المسمَّى؛ لأن كلًّا منهما موجب أصلي، فإذا اعترض الفساد يُرجع إلى الموجب الأصلي.

قوله: وَإِنَّمَا يَتَقَوَّمُ بِالتَّسْمِيَةِ، أي: المستوفى إنما يُتقوَّم زائدًا على مهر المثل بالتسمية، وأمَّا نفس مهر المثل فيثبت بمجرد العقد في النكاح الصحيح؛ لما عُرف في مسألة المفوّضة.

قوله: لِعَدَمِ صِحَّةِ التَّسْمِيَةِ، أي: لفساد النكاح، فإن التسمية ثبتت هاهنا في ضمن نكاح فاسد فأخذت حكمه ففسدت لفساده.

قوله: وَإِنْ نَقَصَتْ لَمْ تَجِبِ الزِّيَادَةُ عَلَى المُسَمَّى لِانْعِدَامِ التَّسْمِيَةِ، أي: حكمـًا، وإذا كان المسمَّى معدومًا حكمـًا لا يجب، بخلاف ما إذا كان المسمَّى أقل من مهر المثل يجب

لِانْعِدَامِ التَّسْمِيَةِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ فِي نَفْسِهِ فَيَتَقَدَّرُ بَدَلُهُ بِقِيمَتِهِ (وَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ) إلْحَاقًا لِلشُّبْهَةِ بِالْحَقِيقَةِ فِي مَوْضِعِ الِاحْتِيَاطِ وَتَحَرُّزًا عَنِ اشْتِبَاهِ النَّسَبِ (وَيُعْتَبَرُ ابْتِدَاؤُهَا مِنْ وَقْتِ التَّفْرِيقِ لا مِنْ آخِرِ الوَطَئَاتِ) هُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّهَا تَجِبُ بِاعْتِبَارِ شُبْهَةِ النِّكَاحِ وَرَفْعُهَا بِالتَّفْرِيقِ (وَيَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِهَا)؛ لِأَنَّ النَّسَبَ

المسمى ولا يجب الزيادة لوجود الرضا من المرأة، ومهر المثل يؤيّد هذا القدر لوجوده بقدره، فصار كأن التسمية صحيحةٌ لتأيّدها بمهر المثل والضعيف يتقوّي بمؤيّد كالبيع الفاسد يتقوّي في إيراث الملك بمؤيّد وهو اتصال القبض به.

قوله: بِخِلَافِ الْبَيْعِ، أي: تجب القيمة فيما إذا كان المسمَّى أقل من القيمة.

قوله: وَعَلَيْهَا العِدَّةُ، أي: في النكاح الفاسد على تقدير الدخول؛ لما مرَّ أن الخلوة فيه لا تُقام مقام الدخول فلا بُدَّ من حقيقة الدخول لوجوب العدَّة.

وذكر في «المحيط» في النكاح الفاسد: إذا دخل بها الأقلُّ مما سمَّى لها ومن مهر المثل إن كان ثمَّة مسمًّى، فإن لم يكن ثمَّة مسمًّى فلها مهر المثل بالغًا ما بلغ، وتجب العدة ويعتبر الجماعُ في القبل حتى يصير مستوفياً للمعقود عليه، ولكل واحد من الزوجين فسخ هذا النكاح بغير محضر من صاحبه عند بعض المشايخ، وعند بعضهم إن لم يدخل بها فكذلك الجوابُ، وإن دخل بها فليس لواحدٍ منهما حقُّ الفسخ إلا بمحضر من صاحبه، كما في البيع الفاسد لكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ بغير محضر من صاحبه قبل القبض، وليس له ذلك بعد القبض.

والطلاق في النكاح الفاسد ليس بطلاق على الحقيقة، بل هي متاركة حتى لا ينتقص به العددُ، والمتاركة في النكاح الفاسد لا تتحقّق لعدم مجيء كل واحد منهما إلى صاحبه، وإنما يتحقق بالقول بأن يقول الزوج: تركتك أو تركتها، أو خليتك سبيلك، أو خليت سبيلها.

قوله: وَيُعْتَبَرُ ابْتِدَاؤُهَا مِنْ وَقْتِ التَّفْرِيقِ، أي: ابتداء العِدَّة من وقت التفريق، وعند زُفر رحمه الله من آخر الوطئات، حتى إذا وطئ في النكاح الفاسد ثم رأتْ ثلاث حيض ثم فرق

يُحْتَاطُ فِي إِثْبَاتِهِ إِحْيَاءً لِلْوَلَدِ فَيَتَرَتَّبُ عَلَى الثَّابِتِ مِنْ وَجْهٍ، وَتُعْتَبَرُ مُدَّةُ النَّسَبِ مِنْ وَقْتِ الدُّخُولِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ وَعَلَيْهِ الفَتْوَى؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ الفَاسِدَ لَيْسَ بِدَاعٍ إِلَيْهِ، وَالإِقَامَةُ بِاعْتِبَارِهِ.

قَالَ: (وَمَهْرُ مِثْلِهَا يُعْتَبَرُ بِأَخَوَاتِهَا وَعَمَّاتِهَا وَبَنَاتِ أَعْمَامِهَا) لِقَوْلِ ابْنِ مَسْعُودٍ: لَهَا مَهْرُ مِثْلِ نِسَائِهَا لا وَكْسَ فِيهِ وَلا شَطَطَ، وَهُنَّ أَقَارِبُ الأَبِ، وَلِأَنَّ الإِنْسَانَ مِنْ جِنْسِ قَوْمِ أَبِيهِ، وَقِيمَةُ الشَّيْءِ إِنَّمَا تُعْرَفُ بِالنَّظَرِ فِي قِيمَةِ جِنْسِهِ (وَلا يُعْتَبَرُ بِأُمِّهَا وَخَالَتِهَا إِذَا لَمْ تَكُونَا مِنْ قَبِيلَتِهَا) لِمَا بَيَّنَّا، فَإِنْ كَانَتِ الأُمُّ مِنْ قَوْمِ أَبِيهَا بِأَنْ كَانَتْ بِنْتَ عَمِّهِ فَحِينَئِذٍ يُعْتَبَرُ بِمَهْرِهَا لِمَا أَنَّهَا مِنْ قَوْمِ أَبِيهَا.

(وَيُعْتَبَرُ فِي مَهْرِ المِثْلِ أَنْ تَتَسَاوَى المَرْأَتَانِ فِي السِّنِّ وَالجَمَالِ وَالمَالِ وَالعَقْلِ وَالدِّينِ وَالبَلَدِ وَالعَصْرِ)؛ لِأَنَّ مَهْرَ المِثْلِ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ هَذِهِ الأَوْصَافِ، وَكَذَا

القاضي تعتدّ عندنا، وأمّا عند زُفر رحمه الله فتكون عدتها مُنقضية.

قوله: وَالإِقَامَةُ بِاعْتِبَارِهِ، أي: إقامة النكاح مقام الوطء باعتبار أن النكاح داع إلى الوطء، وفي النكاح الفاسد ليس بداعٍ إليه فلا يُقام مقام الوطء، حتى إذا تزوَّج امرأة نكاحًا فاسدًا ثمّ لمس الزوجُ أمتها بشهوة ثم تركها له أن يتزوج الأُمّ، كذا في «الخلاصة».

قوله: وَمَهْرُ مِثْلِهَا يُعْتَبَرُ بِأَخَوَاتِهَا، أي: بعشيرتها التي من قبيلة أبيها، وقال ابن أبي ليلى رحمه الله: يعتبر بأُمّها وقوم أمّها كالخالات ونحو ذلك؛ لأن المهر قيمةُ بضع النساء فيعتبر فيه قراباتها من قبل النساء.

ولكنا نقول: قيمة الشيء إنما تعرف بالرجوع إلى قيمة جنسه، وَالإِنْسَانَ مِنْ جِنْسِ قَوْمِ أَبِيهِ، لا من جنس قوم أمه، ألا ترى أن الأُمّ قد يكون أمة والابنة تكون قريشية تبعًا لأبيها.

قوله: لِأَنَّ مَهْرَ المِثْلِ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ هَذِهِ الأَوْصَافِ، قال النبي صلى الله عليه وسلم:

يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الدَّارِ وَالعَصْرِ، قَالُوا: وَيُعْتَبَرُ التَّسَاوِي أَيْضًا فِي البَكَارَةِ؛ لِأَنَّهُ يَخْتَلِفُ بِالبَكَارَةِ وَالثُّيُوبَةِ (وَإِذَا ضَمِنَ الوَلِيُّ المَهْرَ صَحَّ ضَمَانُهُ) ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ الإِلْتِزَامِ وَقَدْ أَضَافَهُ إِلَى مَا يَقْبَلُهُ فَيَصِحُّ (ثُمَّ المَرْأَةُ بِالخِيَارِ فِي مُطَالَبَتِهَا زَوْجَهَا

«تُنكح المرأة لمالها وجمالها»، وكذلك يعتبر أن تكون تلك المرأة من بلدتها، ولا يعتبر مهرُها بمهر عشيرتها من بلدة أخرى؛ لأن المهور تختلف باختلاف البلدان عادةً، وفي الحاصل مهرُ المثل قيمة البضع، وقيمة الشيء إنما تُعرف بالرجوع إلى نظيره بصفته، هذا كله من «المبسوط».

وفي «الفتاوى»: سُئل أبو القاسم عن امرأة زوَّجت نفسها بغير مهر، وليس لها مثل في قبيلة أبيها في المال والجمال، قال: يُنظر إلى قبيلة أخرى مثل قبيلة أبيها فيقضى لها بمهر مثلها من نساء تلك القبيلة، وإنما يُعتبر حالها في السن والجمال حالة التزوّج، كذا في «المحيط»، و«الذخيرة».

قوله: بِاخْتِلَافِ الدَّارِ، أي: البلد.

قوله: وَإِذَا ضَمِنَ الوَلِيُّ المَهْرَ صَحَّ ضَمَانُهُ، وهذا اللفظ بظاهره يحتمل أن يكون المراد منه وليّ الصغير، بأن زوَّج ابنَه الصغير امرأةً وضمن عنه المهر للمرأة، ويحتمل أن يكون المراد منه وليّ الابنة الكبيرة، ثم بقوله فيما بعده: ثُمَّ المَرْأَةُ بِالخِيَارِ فِي مُطَالَبَتِهَا زَوْجَهَا أَوْ وَلِيَّهَا، يُعلم أن المراد به الثاني، لكن الحكم وهو صحَّة الضمان أن لا يتفاوت بين الصورتين؛ لما أنه ذكر في «التتمَّة»:

الأب إذا زوَّج ابنه الصغير امرأةً وضمن عنه المهر وأدّي كان متطوِّعًا استحسانًا، إلا إذا شهد عند الأداء أنه أدّي ليرجع، فحينئذٍ لا يكون متطوعًا ويرجعُ في ماله.

ولكن ذكر في باب الوليمة من «شرح الطحاوي»: الأبُ إذا زوَّج الصغيرَ امرأةً فللمرأة أن تطالب المهر من أب الزوج، فيؤدّي الأبُ من مال ابنه الصغير، وإن لم يضمن الأبُ باللفظ صريحًا، بخلاف الوكيل إذا زوَّج فإنه ليس للمرأة أن تطالب الوكيل بالمهر ما لم يضمن.

قوله: وَقَدْ أَضَافَهُ إِلَى مَا يَقْبَلُهُ، أي: أضاف الضمان إلى شيء يقبل الضمان وهو

أَوْ وَلِيِّهَا) اعْتِبَارًا بِسَائِرِ الكَفَالاتِ، وَيَرْجِعُ الوَلِيُّ إِذَا أَدَّى عَلَى الزَّوْجِ إِنْ كَانَ بِأَمْرٍ كَمَا هُوَ الرَّسْمُ فِي الكَفَالَةِ، وَكَذَلِكَ يَصِحُّ هَذَا الضَّمَانُ وَإِنْ كَانَتِ المُزَوَّجَةُ صَغِيرَةً، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ الأَبُ مَالَ الصَّغِيرَةِ وَضَمِنَ الثَّمَنَ؛ لِأَنَّ الوَلِيَّ سَفِيرٌ وَمُعَبِّرٌ فِي النِّكَاحِ، وَفِي البَيْعِ عَاقِدٌ وَمُبَاشِرٌ حَتَّى تَرْجِعَ العُهْدَةُ عَلَيْهِ وَالحُقُوقُ إِلَيْهِ، وَيَصِحُّ إِبْرَاؤُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَيَمْلِكُ قَبْضَهُ بَعْدَ بُلُوغِهِ، فَلَوْ صَحَّ الضَّمَانُ يَصِيرُ ضَامِنًا لِنَفْسِهِ وَوِلَايَةُ قَبْضِ المَهْرِ لِلْأَبِ بِحُكْمِ الأُبُوَّةِ لا بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ عَاقِدٌ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لا يَمْلِكُ القَبْضَ بَعْدَ بُلُوغِهَا فَلَا يَصِيرُ ضَامِنًا لِنَفْسِهِ.

قَالَ: (وَلِلْمَرْأَةِ أَنْ تَمْنَعَ نَفْسَهَا حَتَّى تَأْخُذَ المَهْرَ وَتَمْنَعَهُ أَنْ يُخْرِجَهَا) أَيْ يُسَافِرَ بِهَا

المهر؛ لأن المهر دين والكفالة والضمان يصحَّان في الدين.

قوله: وَيَصِحُّ إِبْرَاؤُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ، أي: إبراء الأب المشتري وكذلك الوصي، هذا إذا أجّلا أو أبرءا ما هو واجب للصبي بعقدهما، وأمّا إذا لم يكن واجبًا بعقدهما لا يجوز بالإجماع، كذا في «أحكام الصغار» للإمام الأستروشني.

قوله: وَيَمْلِكُ قَبْضَهُ بَعْدَ بُلُوغِهِ، أي: ويملك الأبُ قبضَ الثمن بعد بلوغ الصغير.

قوله: وَوِلَايَةُ قَبْضِ المَهْرِ لِلْأَبِ، هذا جوابُ سؤال مقدر بأن يقال: إن الأب يملك قبض الصداق أيضًا، كالوكيل يملك قبض الثمن، فلو صح الضمان يصير ضامنًا لنفسه، وذلك لا يجوز هناك فكذا في الأب، فأجاب عنه بما ذكر في الكتاب.

قوله: وَلِلْمَرْأَةِ أَنْ تَمْنَعَ نَفْسَهَا حَتَّى تَأْخُذَ المَهْرَ، كان هذا في عُرفهم، وأمّا إذا كان في موضع يُعجّل البعض ويُترك الباقي في الذّمة إلى وقت الطلاق أو الموت، كما هو عُرف ديارنا، كان لها أن تحبس نفسها لاستيفاء المعجل، وهذا الذي يقال بالفارسية: «دُسْتَمَان»[1]،

(١) هكذا في أكثر النُّسخ، ويُقال له باللغة الأفغانية (دُستمال)، وكُتب اللفظ في بعض النسخ (دَسْت پَيْمان).

لِيَتَعَيَّنَ حَقُّهَا فِي البَدَلِ كَمَا تَعَيَّنَ حَقُّ الزَّوْجِ فِي المُبْدَلِ فَصَارَ كَالبَيْعِ (وَلَيْسَ لِلزَّوْجِ أَنْ يَمْنَعَهَا مِنَ السَّفَرِ وَالخُرُوجِ مِنْ مَنْزِلِهِ وَزِيَارَةِ أَهْلِهَا حَتَّى يُوَفِّيَهَا المَهْرَ كُلَّهُ) أَيِ المُعَجَّلُ مِنْهُ لِأَنَّ حَقَّ الحَبْسِ لِاسْتِيفَاءِ المُسْتَحَقِّ، وَلَيْسَ لَهُ حَقُّ الِاسْتِيفَاءِ قَبْلَ الإِيفَاءِ (وَلَوْ كَانَ المَهْرُ كُلُّهُ مُؤَجَّلًا لَيْسَ لَهَا أَنْ تَمْنَعَ نَفْسَهَا) لِإِسْقَاطِهَا حَقَّهَا

وليس لها أن تطالبه ببقيَّة المهر المؤجل الذي يقال له: «كابين كَرْدَنِى».

فإن بيَّنوا قدر المعجَّل يُعجَّل ذلك، وإن لم يُبيِّنوا شيئاً من ذلك ينظر إلى المرأة وإلى المهر المذكور في العقد، أنه كم يكون المعجّل لمثل هذه المرأة من مثل هذا المهر؟ فيُجعل ذلك معجَّلًا، ولا يُقدَّر بالرُّبع ولا بالخُمس، وإنما ينظر إلى المتعارف؛ لأن الثابت عُرفاً كالثابت شرطاً، وإن شرطا تعجيل الكل في العقد فهو كما شرطا ووجب تعجيل الكل؛ إذ لا معتبر بدلالة العرف إذا جاء الصريح بخلافها، كذا في «المحيط»، و«فتاوى قاضي خان» وغيرهما.

قوله: فَصَارَ كَالبَيْعِ، يعني للبائع أن يحبس المبيعَ حتى يأخذ الثمن، فكذلك للمرأة أن تمنع نفسها حتى تأخذ المهر، لكن على اختيار المتأخرين حتى تأخذ المعجل من المهر.

قوله: وَلَيْسَ لِلزَّوْجِ أَنْ يَمْنَعَهَا مِنَ السَّفَرِ، فإنه لو تزوَّج امرأةً بمهر معجَّل كان لها أن تخرج في حوائجها ما لم تقبض مهرها، وكذا لو كان البعضُ معجَّلًا كان لها أن تخرج قبل أداء المعجَّل، وبعد أداء المعجَّل ليس لها أن تخرج إلا بإذن الزوج.

قوله: وَلَوْ كَانَ المَهْرُ كُلُّهُ مُؤَجَّلًا لَيْسَ لَهَا أَنْ تَمْنَعَ نَفْسَهَا، وفي «الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله: ولو كان المهر مؤجَّلًا لم يكن لها أن تحبس نفسها لاستيفاء المهر، لا قبل حلول الأجل ولا بعده في ظاهر الرواية، أمَّا قبل حلول الأجل فظاهر وكذلك بعده؛ لأن هذا العقد ما أوجب لها حقَّ الحبس فلا يثبت بعده، وكذا لو كان بعضه عاجلًا وبعضه آجلًا فاستوفت العاجلَ، وكذا لو أجَّلته بعد العقد مدَّة معلومة ليس لها أن تحبس نفسَها.

وعلى قول أبي يوسف رحمه الله لها أن تحبس نفسَها في جميع هذه الفصول إذا لم يكن دخل بها؛ لأن موجب النكاح عند الإطلاق تسليمُ المهر أوَّلًا، عينًا كان أو دَيناً، فحين

بِالتَّأْجِيلِ كَمَا فِي الْبَيْعِ، فِيهِ خِلَافُ أَبِي يُوسُفَ (وَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَا: لَيْسَ لَهَا أَنْ تَمْنَعَ نَفْسَهَا، وَالْخِلَافُ فِيمَا إِذَا كَانَ الدُّخُولُ بِرِضَاهَا حَتَّى لَوْ كَانَتْ مُكْرَهَةً أَوْ كَانَتْ صَبِيَّةً أَوْ مَجْنُونَةً لا يَسْقُطُ حَقُّهَا فِي الْحَبْسِ بِالِاتِّفَاقِ، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ الْخَلْوَةُ بِهَا بِرِضَاهَا، وَيَبْتَنِي عَلَى هَذَا اسْتِحْقَاقُ النَّفَقَةِ،

قبل الزوجُ الأجلَ مع علمه بموجب العقد فقد رضي بتأخير حقه إلى أن يوفّي المهرَ بعد حلول الأجل، وبه فارق البيع؛ لأن تسليم الثمن أوّلًا ليس من موجبات البيع لا محالة، ألا ترى أن البيع لو كان مقايضة لا يجب تسليم أحد البدلين أوّلًا، فلم يكن المشتري راضيًا بتأخير حقِّه في البيع إلى أن يوفي الثمن.

وجعل الفتوى على قول أبي يوسف رحمه الله في «فتاوى الإمام الولوالجي» رحمه الله وقال: رجل تزوج امرأةً على ألف درهم إلى سنة، فأراد الزوجُ الدخولَ قبل السنة وقبل أن يعطيها شيئًا، إن شرط الزوج أن يدخل بها قبل السنة جاز، وإن لم يشترط في العقد لم يدخل بها قبل السنة، قال محمد رحمه الله كذلك الجواب كالبيع، والجامعُ بينهما أن بالتأجيل تأخَّر حق البائع في المطالبة بالثمن، فلا يثبت له حقّ حبس المبيع، فكذا هنا تأخَّر حقها بالمطالبة بالمهر فلا يثبت لها حقُّ حبس نفسها.

وقال أبو يوسف رحمه الله: القياس أن يكون للزوج ذلك كالبيع، لكن في الاستحسان ليس له ذلك بخلاف البيع؛ لأن هذا أمر فاحش، وبهذا يُفتى؛ لأنه حسن.

وفي ديارنا كل المهر إذا كان مؤجلًا والدخول غير مشروط، لم يكن له أن يبني بها على قول أبي يوسف رحمه الله استحسانًا، وأمّا إذا كان بعضه معجَّلًا فأدي المعجَّل فله أن يبني بها؛ لأن الدخول عند أداء المعجَّل مشروط عرفًا، فصار كما لو كان مشروطًا نصًّا.

قوله: وَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، أي: للمرأة أن تمنع نفسها حتى تأخذ المهرَ، وعندهما ليس لها ذلك.

قوله: وَيَبْتَنِي عَلَى هَذَا - أي: على هذا الاختلاف - اسْتِحْقَاقُ النَّفَقَةِ، في حال منع

لَهُمَا أَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ كُلَّهُ قَدْ صَارَ مُسَلَّمًا إِلَيْهِ بِالوَطْأَةِ الوَاحِدَةِ وَبِالخَلْوَةِ، وَلِهَذَا يَتَأَكَّدُ بِهَا جَمِيعُ المَهْرِ فَلَمْ يَبْقَ لَهَا حَقُّ الحَبْسِ، كَالبَائِعِ إِذَا سَلَّمَ المَبِيعَ، وَلَهُ أَنَّهَا مَنَعَتْ مِنْهُ مَا قَابَلَ البَدَلَ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَطْأَةٍ تُصَرَفُ فِي البُضْعِ المُحْتَرَمِ فَلَا يُخْلَى عَنِ العِوَضِ إِبَانَةً لِخَطَرِهِ، وَالتَّأْكِيدُ بِالوَاحِدَةِ لِجَهَالَةِ مَا وَرَاءَهَا فَلَا يَصْلُحُ مُزَاحِمًا لِلْمَعْلُومِ، ثُمَّ إِذَا وُجِدَ وَطْءٌ آخَرُ وَصَارَ مَعْلُومًا تَحَقَّقَتِ المُزَاحَمَةُ وَصَارَ المَهْرُ مُقَابَلًا بِالكُلِّ، كَالعَبْدِ إِذَا جَنَى جِنَايَةً يَدْفَعُ كُلَّهُ بِهَا، ثُمَّ إِذَا جَنَى جِنَايَةً أُخْرَى

نفسها بهذا السبب، فعند أبي حنيفة رحمه الله تجب النفقة لها؛ لأن المنع بحقٍّ فلا تكون ناشزةً ظالمةً فتجب النفقةُ.

قوله: وَصَارَ المَهْرُ مُقَابَلًا بِالكُلِّ، كَالعَبْدِ إِذَا جَنَى جِنَايَةً، إلى آخره، وكذا المدبَّر في استحقاق قيمته، وإذا كان كذلك فلمَّا حبست نفسها فقد حبست ما لم يصادفه التسليم منها في حقه، فكانت بسبيل من ذلك.

فإن قلتَ: إن منافع بضعها لا تخلو: إمَّا أن كانت ملحقة بالأعيان كما في البيع، أو ملحقة بالمنافع كما في الإجارة، فليس فيهما ولاية الحبس بعد التسليم بالرضاء، فيجب أن تكون هنا كذلك، وكذلك لا يجوز أن يكون كتسليم بعض المبيع؛ لأنها تُطالب عند أبي حنيفة رحمه الله بكل المهر، بخلاف البيع فإنه إذا سلم بعض المبيع ليس له أن يحبس ما سلم لأجله كل الثمن.

قلتُ: ليس هذا نظير البيع ولا الإجارة في ذلك من الوجه الذي قاله أبو حنيفة رحمه الله؛ وذلك لأن للزوج أن يطالبها بتسليم النفس بعد الوطئة الأولى، فبقاء حقها في المطالبة بالبدل يمنع توجُّه المطالبة عليها بتسليم النفس كما قبل الوطئة الأولى، بخلاف البيع والإجارة فإن البائع إذا سلم المبيعَ إلى المشتري ليس للمشتري أن يُطالب البائع بشيء، فكذلك بعد تسليم الدار ليس للمستأجر أن يطالب الآجر بشيء.

وأمَّا قوله: لا يجوز أن يكون كتسليم بعض المبيع، قلنا: إن التسليم والإتلاف إنما

وَأُخْرَى يَدْفَعُ بِجَمِيعِهَا.

(وَإِذَا أَوْفَاهَا مَهْرَهَا نَقَلَهَا إِلَى حَيْثُ شَاءَ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: ٦] ، وَقِيلَ: لا يُخْرِجُهَا إِلَى بَلَدٍ غَيْرِ بَلَدِهَا؛

وُجد في جزء وهي لا تحبس ذلك الجزء كما في البيع، وإنما تحبس ما وراهُ، وما وراء ذلك الجزء غير مستوفىً، فكان لها أن تحبس نفسها لاستيفاء البدل، ولكن كل ذلك البدل يصلح أن يكون مقابلًا بإزاء ما بقي بعد الوطئة الأولى من الوطئات.

وأمَّا قولهما: أن المعقود عليه كله صار مسلماً إليه بالوطئة الواحدة، فضعيفٌ فإن الوطئات بعد الوطئة الأولى في حُكم الوطئة الأولى من حيث أنَّها مستحقة بالنكاح مقصودًا، وإنَّما يتأكَّد جميع البدل بالوطئة الأولى لدفع الضرر عنها؛ لأن ما وراء الوطئة الأولى مجهولٌ فلا يصلح للانقسام، فإذا صار معلومًا زاحم الأولى، وذلك لا يدل على أنه ليس بمقابلة ما يُستوفى منه بعد ذلك شيء من البدل، ألا ترى أن البدل يتأكد بالخلوة، وإذا وَطِئَها بعد ذلك فذلك لا يدل على أن البدل ليس بمقابلة المستوفَى من الوطء، كذا ذكره الإمام المحبوبي.

قوله: وَإِذَا أَوْفَاهَا مَهْرَهَا نَقَلَهَا إِلَى حَيْثُ شَاءَ، وكان أبو القاسم الصفار رحمه الله: يفتي في عدم المنع من الوطء بقولهما حتى لو دخل بها قبل إيفاء المهر ليس لها أن تمنع نفسها منه لطلب المهر، ولو منعت لا نفقة لها، وفي السفر يفتي بقول أبي حنيفة رحمه الله حتى لو دخل بها قبل إيفاء مهرها لا يملك أن يُخرجها من البلدة إلى السفر، قال الصدر الشهيد رحمه الله: وهذا حسن، كذا في «فصول الإمام الأستروشني».

وقال الإمام ظهير الدين رحمه الله في «الفوائد»: وفي هذا إشارة إلى أن الاختلاف في القولين لا يكون اتفاقًا على بطلان قول ثالث.

قوله: وَقِيلَ: لا يُخْرِجُهَا إِلَى بَلَدٍ غَيْرِ بَلَدِهَا، وهو قول الفقيه أبي الليث رحمه الله، وذكر في «فصول الأستروشني» محالًا إلى «العُدَّة»: الزوج إذا أراد أن يخرج المرأة إلى بلد آخر، وقد أوفاها مهرها ليس له ذلك، هكذا اختيار الفقيه أبو الليث.

قال ظهير الدين المرغيناني رحمه الله: الأخذ بقول الله تعالى أولى من الأخذ بقول

لِأَنَّ الغَرِيبَ يُؤْذَى وَفِي قُرَى المِصْرِ القَرِيبَةِ لا تَتَحَقَّقُ الغُرْبَةُ.

قَالَ: (وَمَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً ثُمَّ اخْتَلَفَا فِي المَهْرِ، فَالقَوْلُ قَوْلُ المَرْأَةِ إِلَى مَهْرِ مِثْلِهَا، وَالقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ فِيمَا زَادَ عَلَى مَهْرِ المِثْلِ، وَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا فَالقَوْلُ قَوْلُهُ فِي نِصْفِ المَهْرِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: القَوْلُ

الفقيه، قال الله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم﴾ [الطلاق: ٦].

وذكر في «التجنيس»: والفتوى على أن للزوج أن يسافر بها إذا أوفاها المعجَّل؛ لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم﴾.

قوله: لِأَنَّ الغَرِيبَ يُؤْذَى، فإن قيل: هذا التعليل معارض لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم﴾ فلا يقبل.

قلنا: قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم﴾ مقيَّد بالنص بترك الإضرار، بدليل سياق الآية وهو قوله تعالى: ﴿وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ﴾، وفي النقل إلى بلد آخر مضارَّة ولهذا جاز الإخراج برضاها.

قوله: وَمَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً ثُمَّ اخْتَلَفَا فِي المَهْرِ، أي: في مقدار المهر، فهذه المسألة على وجوه:

إمَّا إن اختلفا في حياتِهما أو بعد موتهما، أي: اختلفت ورثتهُما، أو بعد موت أحدهما، فإن اختلفا في حياتِهما فلا يخلو: إما إن اختلفا قبل الطلاق أو بعده، وكل ذلك على وجهين: إمَّا إن كان الاختلاف في أصل التسمية، أو في مقدار المسمَّى.

أمَّا إذا وقع الاختلاف في حال قيام النكاح، أو بعد الفرقة بعد الدخول، أو بعد موت أحدهما، فإن القول قَوْلُ المَرْأَةِ إِلَى - تمام - مَهْرِ مِثْلِهَا، أو وَرِثتها، وَالقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ أو ورثته في الزيادة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

وصورة الاختلاف أن يقول الزوجُ: تزوجتكِ على ألف درهم، والمرأة تقول: تزوجتني على ألفين، كذا في «شرح الطحاوي»، و«الجامع الصغير» لقاضي خان، والتقسيمات

قَوْلُهُ قَبْلَ الطَّلَاقِ وَبَعْدَهُ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَ بِشَيْءٍ قَلِيلٍ، وَمَعْنَاهُ مَا لا يُتَعَارَفُ مَهْرًا لَهَا هُوَ الصَّحِيحُ، لِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ المَرْأَةَ تَدَّعِي الزِّيَادَةَ وَالزَّوْجُ يُنْكِرُ وَالقَوْلُ قَوْلُ المُنْكِرِ مَعَ يَمِينِهِ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَ بِشَيْءٍ يُكَذِّبُهُ الظَّاهِرُ فِيهِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ تَقَوُّمَ مَنَافِعِ البُضْعِ ضَرُورِيٌّ، فَمَتَى أَمْكَنَ إِيجَابُ شَيْءٍ مِّنَ المُسَمَّى لا يُصَارُ إِلَيْهِ، وَلَهُمَا أَنَّ القَوْلَ فِي الدَّعَاوَى قَوْلُ مَنْ يَشْهَدُ لَهُ الظَّاهِرُ، وَالظَّاهِرُ شَاهِدٌ لِمَنْ يَشْهَدُ لَهُ مَهْرُ المِثْلِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ المُوجِبُ الأَصْلِيُّ فِي بَابِ النِّكَاحِ، وَصَارَ كَالصَّبَّاغِ مَعَ رَبِّ الثَّوْبِ إِذَا اخْتَلَفَا فِي مِقْدَارِ الأَجْرِ يُحَكَّمُ فِيهِ قِيمَةَ الصَّبْغِ، ثُمَّ ذَكَرَ هَاهُنَا أَنَّ بَعْدَ الطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ القَوْلَ قَوْلُهُ فِي نِصْفِ المَهْرِ، وَهَذَا رِوَايَةُ الجَامِعِ الصَّغِيرِ وَالأَصْلِ، وَذَكَرَ فِي الجَامِعِ الكَبِيرِ أَنَّهُ يُحَكَّمُ مُتْعَةَ مِثْلِهَا وَهُوَ قِيَاسُ قَوْلِهِمَا؛ لِأَنَّ المُتْعَةَ مُوجَبَةٌ بَعْدَ الطَّلَاقِ

مذكورة في الكتاب.

قوله: وَمَعْنَاهُ مَا لا يُتَعَارَفُ مَهْرًا لَهَا هُوَ الصَّحِيحُ، هذا احتراز عن قول بعض مشايخنا في تفسير قول أبي يوسف رحمه الله، حيث قالوا: معناه ما دون العشرة فإنه مُستنكر شرعـًا؛ لأنه لا مهر أقلّ من عشرة دراهم، والأصح أن مراده أن يدعي شيئـًا قليلًا يُعلم أنه لا يتزوج مثل تلك المرأة على ذلك المهر عادةً، فإنه ذكر هذا اللفظ في البيع أيضـًا: إذا اختلفا في الثمن بعد هلاك السلعة القولُ قولُ المشتري، إِلَّا أَنْ يَأْتِيَ بِشَيْءٍ مستنكر، وليس في الثمن تقديرٌ شرعًا، كذا في «المبسوط».

قوله: لا يُصَارُ إِلَيْهِ، أي: إلى مهر المثل.

قوله: أَنَّهُ يُحَكَّمُ مُتْعَةَ مِثْلِهَا وَهُوَ قِيَاسُ قَوْلِهِمَا، أي: قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وإنّما خصَّ قولهما فإن على قول أبي يوسف القولُ قولُ الزوج في جميع الصور.

قوله: لِأَنَّ المُتْعَةَ مُوجَبَةٌ بَعْدَ الطَّلَاقِ، أي: موجب العقد إذا كان الطلاق قبل الدخول.

كَمَهْرِ المِثْلِ قَبْلَهُ فَتُحَكَّمُ كَهُوَ، وَوَجْهُ التَّوْفِيقِ أَنَّهُ وَضَعَ المَسْأَلَةَ فِي الأَصْلِ فِي الأَلْفِ وَالأَلْفَيْنِ، وَالمُتْعَةُ لا تَبْلُغُ هَذَا المَبْلَغَ فِي العَادَةِ فَلا يُفِيدُ تَحْكِيمُهَا، وَوَضْعُهَا فِي الجَامِعِ الكَبِيرِ فِي العَشَرَةِ وَالمِائَةِ، وَمُتْعَةُ مِثْلِهَا عِشْرُونَ فَيُفِيدُ تَحْكِيمَهَا، وَالمَذْكُورُ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ سَاكِتٌ عَنْ ذِكْرِ المِقْدَارِ فَيُحْمَلُ عَلَى مَا هُوَ المَذْكُورُ فِي الأَصْلِ، وَشَرْحُ قَوْلِهِمَا فِيمَا إذَا اخْتَلَفَا فِي حَالِ قِيَامِ النِّكَاحِ أَنَّ الزَّوْجَ إذَا ادَّعَى الأَلْفَ وَالمَرْأَةَ الأَلْفَيْنِ، فَإِنْ كَانَ مِنْ مَهْرِ مِثْلِهَا أَلْفًا أَوْ أَقَلَّ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ،

قوله: كَمَهْرِ المِثْلِ قَبْلَهُ، أي: قبل الطلاق.

قوله: وَوَجْهُ التَّوْفِيقِ، أي: بين رواية «الجامع الكبير» وبين روايتي «المبسوط»، و«الجامع الصغير»، فإن روايتيهما تتَّفقان لكن رواية «المبسوط» مفسَّرة بتقدير، ورواية «الجامع الصغير» مطلقةٌ، فحملت على رواية «المبسوط»؛ لأن المطلق يحمل على المتعارَف، والمتعارَف هو الاختلاف في الألوف، ورواية «الجامع الكبير» تخالفهما، والمخالفةُ بسبب اختلاف الوضع على ما ذكر في الكتاب.

وقيل: في المسألة روايتان، فوجه رواية «الجامع الكبير» هو ما ذكر في الكتاب، وكشفُه أن المتعة موجَب نكاح لا تسمية فيه قبل الطلاق، فكما يُحكَّم مهر المثل لو اختلفا قبل الطلاق يُحكَّم المتعة إذا اختلفا بعد الطلاق.

ووجه رواية «المبسوط»، و«الجامع الصغير» هو أنه عاد إلى المرأة حقُّها كما كان، فكان ينبغي أن يسقُط كل الصداق، وإنما عرفنا بقاءَ نصف الصداق نصًّا بخلاف القياس فيما إذا كان الصداق معلومًا وتعذَّر إيجاب المتعة؛ لأن المتعة حكم نكاح لا تسمية فيه أصلًا، وهنا قد اتفقا على التسمية فقلنا ببقاء ما اتفقا عليه، وهو نصف ما أقرَّ بها الزوج.

قوله: فَإِنْ كَانَ مِنْ مَهْرِ مِثْلِهَا أَلْفًا أَوْ أَقَلَّ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ، أي: مع اليمين؛ لأن الأصل في الدَّعاوي أن يكون القولُ قولَ من يشهد له الظاهر مع يمينه، وإن نكل يقضى عليه بألفي درهم

وَإِنْ كَانَ أَلفَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ فَالقَوْلُ قَوْلُهَا، وَأَيُّهُمَا أَقَامَ البَيِّنَةَ فِي الوَجْهَيْنِ تُقْبَلُ، وَإِنْ أَقَامَا البَيِّنَةَ فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ تُقْبَلُ بَيِّنَتُهَا؛ لِأَنَّهَا تُثْبِتُ الزِّيَادَةَ، وَفِي الوَجْهِ الثَّانِي بَيِّنَتُهُ؛ لِأَنَّهَا تُثْبِتُ الحَطَّ، وَإِنْ كَانَ مَهْرُ مِثْلِهَا أَلفًا وَخَمْسَمِائَةٍ تَحَالَفَا، وَإِذَا حَلَفَا يَجِبُ أَلفٌ

كما لو أقر؛ لأن النكول إقرار.

قوله: وَإِنْ كَانَ أَلفَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ فَالقَوْلُ قَوْلُهَا، أي: مع يمينها؛ لأن الزوج يدَّعي عليها الحطَّ وهي تنكر، فإن نكلت يقضى بألف درهم؛ لأنها أقرت بالحطِّ، وإن حلفت يقضى لها بألفي درهم، ألف بطريق التسمية لاتفاقهما على تسمية الألف، وألفٌ باعتبار مهر المثل، وفائدة هذا أنه يخيَّر الزوج في هذا الألف، إن شاء أعطى الدراهم وإن شاء أعطى الدنانير.

قوله: وَأَيُّهُمَا أَقَامَ البَيِّنَةَ فِي الوَجْهَيْنِ، أي: فيما إذا شهد مهر المثل للزوج، وفيما إذا شهد مهر المثل للمرأة.

قوله: فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ تُقْبَلُ بَيِّنَتُهَا، وهو ما إذا كان مهر المثل شاهدًا للزوج.

قوله: وَفِي الوَجْهِ الثَّانِي - تقبل - بَيِّنَتُهُ، وهو إذا ما كان مهر المثل شاهدًا للمرأة، والأصل في هذا هو أن البينة تُثبت ما ليس بثابت ظاهرًا.

قوله: وَإِنْ كَانَ مَهْرُ مِثْلِهَا أَلفًا وَخَمْسَمِائَةٍ تَحَالَفَا؛ لأن الزَّوج يدعي عليها الحطَّ عن مهر المثل وهي تنكر، والمرأة تدعي الزيادة وهو ينكر، وينبغي للقاضي أن يقرع بينهما في البداية لاستوائهما، فإن نكل الزوج يُقضى عليه بألف وخمسمائة كما لو أقر بذلك صريحًا، وإن نكلت المرأة وجب المسَّمى الألف؛ لأنَّها أقرَّت بالحطِّ، وإن حلفا جميعًا وجب ألف وخمسُمائة، ألف بطريق التسمية لا يُخيّر الزوج فيها لاتفاقهما على تسمية الألف، وخمسمائة باعتبار مهر المثل يُخيّر فيها الزوج، وأيّهما أقام البينةَ قبلت بينته، وإن أقاما يقضى بألف وخمسمائة ألف بطريق التسمية، وخمسمائة باعتبار مهر المثل؛ إلا أن البيّنتين بطلتا لمكان التعارض، ونصَّ محمد رحمه الله في هذا الفصل أن بينة المرأة أولى لإثباتها الزيادة، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله.

وَخَمْسُمِائَةٍ، هَذَا تَخْرِيجُ الرَّازِيِّ، وَقَالَ الكَرْخِيُّ: يَتَحَالَفَانِ فِي الفُصُولِ الثَّلَاثَةِ ثُمَّ يَحْكُمُ مَهْرُ المِثْلِ بَعْدَ ذَلِكَ.

(وَلَوْ كَانَ الِاخْتِلَافُ فِي أَصْلِ المُسَمَّى يَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ بِالإِجْمَاعِ) لِأَنَّهُ هُوَ الأَصْلُ عِنْدَهُمَا، وَعِنْدَهُ تَعَذَّرَ القَضَاءَ بِالمُسَمَّى فَيُصَارُ إِلَيْهِ (وَلَوْ كَانَ الِاخْتِلَافُ بَعْدَ مَوْتِ أَحَدِهِمَا فَالجَوَابُ فِيهِ كَالجَوَابِ فِي حَيَاتِهِمَا) لِأَنَّ اعْتِبَارَ مَهْرِ المِثْلِ لَا يَسْقُطُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا (وَلَوْ كَانَ الِاخْتِلَافُ بَعْدَ مَوْتِهِمَا فِي المِقْدَارِ فَالقَوْلُ قَوْلُ وَرَثَةِ الزَّوْجِ)

وذكر الإمام المحبوبي رحمه الله بعد ذكر وجوب مهر المثل فيما إذا تحالفا فقال: ثمَّ إذا تحالفا يُبدأ بيمين الزوج؛ لأنه أبينهما إنكارًا، وإن أقاما البينة فالبينة بينة المرأة؛ لأنها تُثبت الزيادة والبينة مشروعة للإثبات.

قوله: وَقَالَ الكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يَتَحَالَفَانِ، أي: على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، ثم يُصار إلى مهر المثل في هذه الفصول الثلاثة، وهي أن يكون مهر المثل شاهدًا له، أو شاهدًا لها، أو شاهدًا لما بينهما؛ لأنهما اتفقا على أصل التسمية، والتسمية الصحيحة تمنع المصير إلى مهر المثل، وإذا حلفا تعذَّرت التسمية فيحكم بمهر المثل.

وذكر أبو بكر الرازي رحمه الله: أن التحالف في فصل واحد، وهو ما إذا لم يكن مهر المثل شاهدًا لأحدهما، فأما إذا كان شاهدًا لأحدهما كان القول قول من يشهد له مهر المثل مع يمينه، ولا يتحالفان وهو الصحيح؛ لأن تحكيمهم المهر ليس لإيجاب مهر المثل، بل لمعرفة من يشهد له الظاهر، ثمَّ الأصل في الدعاوي أن القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه.

قوله: وَلَوْ كَانَ الِاخْتِلَافُ فِي أَصْلِ المُسَمَّى، بأن ادعى أحدهما التسميةَ وأنكر الآخر، كان القولُ قول من ينكر التسمية.

قوله: يَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ بِالإِجْمَاعِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الأَصْلُ عِنْدَهُمَا - أي: عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله - وَعِنْدَهُ - أي: عند أبي يوسف رحمه الله - تَعَذَّرَ القَضَاءَ بِالمُسَمَّى، لعدم

عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَلا يُسْتَثْنَى القَلِيلُ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ الجَوَابُ فِيهِ كَالجَوَابِ فِي حَالَةِ الحَيَاةِ، وَإِنْ كَانَ فِي أَصْلِ المُسَمَّى فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ القَوْلُ قَوْلُ مَنْ أَنْكَرَهُ، فَالحَاصِلُ أَنَّهُ لا حُكْمَ لِمَهْرِ المِثْلِ عِنْدَهُ بَعْدَ مَوْتِهِمَا عَلَى مَا نُبَيِّنُهُ مِنْ بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللهُ.

قَالَ: (وَإِذَا مَاتَ الزَّوْجَانِ وَقَدْ سَمَّى لَهَا مَهْرًا فَلِوَرَثَتِهَا أَنْ يَأْخُذُوا ذَلِكَ مِنْ مِيرَاثِ الزَّوْجِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ سَمَّى لَهُ مَهْرًا فَلا شَيْءَ لِوَرَثَتِهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: لِوَرَثَتِهَا المَهْرُ فِي الوَجْهَيْنِ) مَعْنَاهُ المُسَمَّى فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ وَمَهْرُ المِثْلِ فِي الوَجْهِ الثَّانِي، أَمَّا الأَوَّلُ؛ فَلِأَنَّ المُسَمَّى دَيْنٌ فِي ذِمَّتِهِ وَقَدْ تَأَكَّدَ بِالمَوْتِ فَيُقْضَى مِنْ تَرِكَتِهِ، إِلَّا إِذَا عُلِمَ أَنَّهَا مَاتَتْ أَوَّلًا فَيَسْقُطُ نَصِيبُهُ مِنْ ذَلِكَ، وَأَمَّا الثَّانِي فَوَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ مَهْرَ

ثبوت التسمية للاختلاف، فيجبُ مهر المثل كما لو تزوَّجها ولم يسم لها مهر، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله.

قوله: وَإِذَا مَاتَ الزَّوْجَانِ وَقَدْ سَمَّى لَهَا مَهْرًا، بأن ثبت ذلك بالبينة أو بتصادق الورثة.

قوله: فَلِوَرَثَتِهَا أَنْ يَأْخُذُوا ذَلِكَ مِنْ مِيرَاثِ الزَّوْجِ، هذا إذا عُلم أن الزوج مات أوَّلًا، أو عُلم أنَّهما ماتا معًا، أو لم يُعلم أيهما مات أوَّلًا، فحينئذٍ تأخذ ورثة المرأة جميع المهر من تركة الزوج؛ لأن المهر كان واجبًا فما لم يتيقن بسقوط شيء منه بموت المرأة أوَّلًا لا يسقط، وأمَّا إذا عُلم أنَّها ماتت أوَّلًا فنصيب الزوج من ذلك يسقط؛ لأنه ورث دينًا على نفسه فيسقط بقدر ما يملك، فعُلِم بهذا أن المستثنى منه المحذوف في **قوله**: إِلَّا إِذَا عُلِمَ أَنَّهَا مَاتَتْ أَوَّلًا، هو الصور الثلاث التي ذكرتُها.

قوله: مَعْنَاهُ، إشارة إلى **قوله**: المَهْرُ فِي الوَجْهَيْنِ، أي: فيما إذا سمَّى وفيما إذا لم يُسم.

قوله: وَأَمَّا الثَّانِي فَوَجْهُ قَوْلِهِمَا، إلى آخره، فقولهما قياسٌ، وقول أبي حنيفة رحمه الله استحسانٌ، ولقول أبي حنيفة رحمه الله طريقان:

المِثْلِ صَارَ دَيْنًا فِي ذِمَّتِهِ كَالمُسَمَّى فَلَا يَسْقُطُ بِالمَوْتِ كَمَا إِذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ مَوْتَهُمَا يَدُلُّ عَلَى انْقِرَاضِ أَقْرَانِهِمَا فَبِمَهْرِ مَنْ يُقَدِّرُ القَاضِي مَهْرَ المِثْلِ (وَمَنْ بَعَثَ إِلَى امْرَأَتِهِ شَيْئًا فَقَالَتْ هُوَ هَدِيَّةٌ وَقَالَ الزَّوْجُ هُوَ مِنَ المَهْرِ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ)؛ لِأَنَّهُ هُوَ المُمَلِّكُ فَكَانَ أَعْرَفَ بِجِهَةِ التَّمْلِيكِ، كَيْفَ وَأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ يَسْعَى فِي إِسْقَاطِ الوَاجِبِ.

قَالَ: (إِلَّا فِي الطَّعَامِ الَّذِي يُؤْكَلُ فَإِنَّ القَوْلَ قَوْلُهَا) وَالمُرَادُ مِنْهُ مَا يَكُونُ مُهَيَّأً لِلْأَكْلِ؛

أحدهما: هو ما استدل به أبو حنيفة رحمه الله في الكتاب، وقال: أرايتَ لو ادَّعى ورثة علي رضي الله عنه على ورثة عُمر رضي الله عنه مهر أُمّ كلثوم، أكنت تقضي فيه بشيء؟ وهذا إشارة إلى أنه إنما يقول بهذا بعد تقادُم العهد؛ لأن مهر المثل يختلف باختلاف الأوقات، فإذا تقادم العهد وانقرض أهلُ ذلك العصر يتعذَّر على القاضي الوقوف على مقدار مهر المثل، وعلى هذا الطريق إذا لم يكن العهدُ متقادمًا بأن لم يختلف مهر مثل هذه المرأة يقضي بمهر مثلها.

والطريق الآخر يقتضي بسقوطه وإن لم يتقادم، وهو أن المستحقَّ بالنكاح ثلاثة أشياء: المسمَّى وهو الأقوى، والنفقة وهي الأضعف، ومهر المثل وهو المتوسط على ما قررناه، فالمسمَّى لقوته لا يسقط، لا بموت أحدهما ولا بموتهما، والنفقةُ لضعفها تسقط بموتهما ولا تسقط بموت أحدهما، ومهر المثل يتردّد بين ذلك فيسقط بموتهما ولا يسقط بموت أحدهما؛ لأن ما تردّد بين أصلين توفَّر حظه عليهما، ألا ترى أن الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا أنَّ مهر المثل هل يسقط بموت أحدهما؟ فيكون ذلك اتفاقاً منهم بأنه يسقط بموتهما، كذا في «المبسوط».

قوله: وَالمُرَادُ مِنْهُ مَا يَكُونُ مُهَيَّأً لِلْأَكْلِ، نحو الحلواء، والمَشويّ، وطبق فاكهة ممَّا لا يُعطى في المهر عادةً، بل يُتعارف هديَّة فلا يُصدَّق على خلافه، وكذا هذا في جميع قضاء الديون، وأمَّا لو بعث إليها طعامًا، أو دقيقًا، أو لوزًا، أو عسلًا، أو سَمنًا وقال هو من المهر فالقول قوله، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

لِأَنَّهُ يَتَعَارَفُ هَدِيَّةً، فَأَمَّا فِي الحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ لِمَا بَيَّنَّا، وَقِيلَ مَا يَجِبُ عَلَيْهِ مِنَ الخِمَارِ وَالدِّرْعِ وَغَيْرِهِمَا لَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْتَسِبَهُ مِنَ المَهْرِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ يُكَذِّبُهُ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

قوله: فَالقَوْلُ قَوْلُهُ، أي: مع اليمين، كذا في «الذخيرة»، ثم قال: فإن حلف والمتاع قائمٌ، فللمرأة أن تردّ وترجع بما بقي من المهر، وإن كان هالكاً لا ترجع بالمهر، وأمَّا الذي بعثه أبو المرأة إن كان هالكاً لم يكن على الزوج شيء، وإن كان قائمًا وقد بعثه الأب من مال نفسه فله أن يرجع فيه؛ لأن الواهب في هذه الصورة الأبُ، وإن كان بعثه من مال البنت برضاها لم يكن له أن يرجع؛ لأن الواهب في هذه الصورة البنتُ وقد وهبتْ من زوجها.

وفي «فتاوى أهل سمرقند»: رجل تزوَّج امرأة وبعث إليها هدايا وعوّضته المرأةُ على ذلك عوضًا، ثم زفت إليه ثم فارقها وقال: إنما بعثتُ إليك عاريةً، فأراد أن يسترد ذلك وأرادت المرأة أن تسترد العوضَ فالقول له في الحكم؛ لأنه أنكر التمليك، وإذا استردّ ذلك من المرأةكان للمرأة أن تستردّ منه ما عوضته عليه.

قوله: وَقِيلَ مَا يَجِبُ عَلَيْهِ مِنَ الخِمَارِ وَالدِّرْعِ، وإنما قيَّد بالوجوب؛ لأنه إذا بعث الخُفّ والمُلاَة كان له أن يحتسب من المهر؛ لأن ذلك لا يجب عليه.

قوله: وَغَيْرِهِمَا، كمتاع البيت.

وفي «الفتاوى الظهيريَّة»: وهاهنا مسألة عجيبة؛ وهي أنه لا يجب على الزوج خُفّها، ويجب عليه خُفّ أمتها؛ لأنَّها منهيَّة عن الخروج دون أمتها، والله تعالى أعلم.

فَصْلٌ

(وَإِذَا تَزَوَّجَ النَّصْرَانِيُّ نَصْرَانِيَّةً عَلَى مَيْتَةٍ أَوْ عَلَى غَيْرِ مَهْرٍ وَذَلِكَ فِي دِينِهِمْ جَائِزٌ فَدَخَلَ بِهَا أَوْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا أَوْ مَاتَ عَنْهَا فَلَيْسَ لَهَا مَهْرٌ، وَكَذَلِكَ الحَرْبِيَّانِ فِي دَارِ الحَرْبِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ قَوْلُهُمَا فِي الحَرْبِيَّيْنِ، وَأَمَّا فِي الذِّمِّيَّةِ فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا إِنْ مَاتَ عَنْهَا أَوْ دَخَلَ بِهَا وَالمُتْعَةُ إِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا، وَقَالَ

فصلٌ

لمَّا ذكر أحكام النكاح في حق المسلمين، وهم الأصول في الشرائع، ذكر من هو تبعٌ لهم في المعاملات، ومن المعاملات أحكام النكاح في الكفار.

ثم اعلم أن كل نكاح يجوز فيما بين المسلمين فهو جائز فيما بين أهل الذمة؛ لأنهم يعتقدون جوازَه ونحن نعتقد ذلك في حقهم أيضاً، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «بُعثتُ إلى الأحمر والأسود»، وخطاب الواحد خطاب الجماعة، فما يوافقونا في اعتقادهم يكون ثابتًا في حقهم، وأمَّا ما لا يجوز بين المسلمين فهو أنواع:

منها النكاح بغير شهود، فإنه جائز بين أهل الذمة يقرُّون عليه إذا أسلموا عندنا، خلافًا لزُفر رحمه الله على ما يجيء بعد هذا.

ثم **قوله**: وَذَلِكَ فِي دِينِهِمْ جَائِزٌ، من صورة المسألة فإن جواب المسألة **قوله**: فَلَيْسَ لَهَا مَهْرٌ.

قوله: فَلَيْسَ لَهَا مَهْرٌ، يعني: وإن أسلما، كذا في «المبسوط».

قوله: وَأَمَّا فِي الذِّمِّيَّةِ فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا إِنْ مَاتَ عَنْهَا، إلى آخره، إلا أن أهل الذمة

زُفَرَ: لَهَا مَهْرُ المِثْلِ فِي الحَرْبِيَّيْنِ أَيْضًا، لَهُ أَنَّ الشَّرْعَ مَا شَرَعَ ابْتِغَاءَ النِّكَاحِ إِلَّا بِالمَالِ، وَهَذَا الشَّرْعُ وَقَعَ عَامًّا فَيَثْبُتُ الحُكْمُ عَلَى العُمُومِ، وَلَهُمَا أَنَّ أَهْلَ الحَرْبِ غَيْرُ مُلْتَزِمِينَ أَحْكَامَ الإِسْلَامِ، وَوِلَايَةُ الإِلْزَامِ مُنْقَطِعَةٌ لِتَبَايُنِ الدَّارِ، بِخِلَافِ أَهْلِ الذِّمَّةِ لِأَنَّهُمْ إِلتَزَمُوا أَحْكَامَنَا فِيمَا يَرْجِعُ إِلَى المُعَامَلَاتِ كَالرِّبَا وَالزِّنَا، وَوِلَايَةُ الإِلْزَامِ مُتَحَقِّقَةٌ لِاتِّحَادِ الدَّارِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ أَهْلَ الذِّمَّةِ لا يَلْتَزِمُونَ أَحْكَامَنَا فِي الدِّيَانَاتِ وَفِيمَا يَعْتَقِدُونَ خِلَافَهُ فِي المُعَامَلَاتِ، وَوِلَايَةُ الإِلْزَامِ بِالسَّيْفِ وَبِالمُحَاجَّةِ وَكُلُّ ذَلِكَ مُنْقَطِعٌ عَنْهُمْ بِاعْتِبَارِ عَقْدِ الذِّمَّةِ، فَإِنَّا أُمِرْنَا بِأَنْ نَتْرُكَهُمْ وَمَا يَدِينُونَ فَصَارُوا كَأَهْلِ الحَرْبِ، بِخِلَافِ الزِّنَا لِأَنَّهُ حَرَامٌ فِي الأَدْيَانِ كُلِّهَا، وَالرِّبَا مُسْتَثْنًى عَنْ عُقُودِهِمْ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «أَلَا مَنْ أَرْبَى فَلَيْسَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُ عَهْدٌ»

لا يتعرض لهم ما لم يسلموا، أو يرفع أحدهما الأمر إلى القاضي، كذا في «المبسوط».

قوله: وَهَذَا الشَّرْعُ وَقَعَ عَامًّا، وهو قوله تعالى: ﴿أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم﴾ [النساء: ٢٤]، فكان الكافر مخاطبًا أيضًا بابتغاء النكاح بالمال إذا أراد النكاح.

قوله: لِأَنَّهُمْ إِلتَزَمُوا أَحْكَامَنَا فِيمَا يَرْجِعُ إِلَى المُعَامَلَاتِ، قال الله تعالى: ﴿وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩]، ووجوب مهر المثل في النكاح عند نفي المهر من أحكام الإسلام، فيظهر في حقهم كما ظهر حكم الربا وحكم الزنا؛ ولأن الأبضاع تارةً تتناول بالسفاح وطورًا بالنكاح، ثم تناوُلها بالسفاح جهة في إيجاب العقر، فيكون تناوُلها بالنكاح جهة في إيجاب المهر.

قوله: وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ أَهْلَ الذِّمَّةِ لا يَلْتَزِمُونَ أَحْكَامَنَا فِي الدِّيَانَاتِ، كالصلاة والصوم، وَفِيمَا يَعْتَقِدُونَ خِلَافَهُ فِي المُعَامَلَاتِ، كبيع الخمر والخنزير.

قوله: وَالرِّبَا مُسْتَثْنًى عَنْ عُقُودِهِمْ، قال الله تعالى: ﴿وَأَخْذِهِمُ ٱلرِّبَوٰاْ وَقَدْ نُهُواْ عَنْهُ﴾

وَقَوْلُهُ فِي الكِتَابِ: أَوْ عَلَى غَيْرِ مَهْرٍ، يَحْتَمِلُ نَفْيَ المَهْرِ وَيَحْتَمِلُ السُّكُوتَ، وَقَدْ قِيلَ: فِي المَيْتَةِ وَالسُّكُوتِ رِوَايَتَانِ، وَالأَصَحُّ أَنَّ الكُلَّ عَلَى الخِلَافِ.

(فَإِنْ تَزَوَّجَ الذِّمِّيُّ ذِمِّيَّةً عَلَى خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ ثُمَّ أَسْلَمَا أَوْ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا فَلَهَا الخَمْرُ وَالخِنْزِيرُ) وَمَعْنَاهُ إِذَا كَانَا بِأَعْيَانِهِمَا وَالإِسْلَامُ قَبْلَ القَبْضِ، وَإِنْ كَانَا بِغَيْرِ أَعْيَانِهِمَا فَلَهَا فِي الخَمْرِ القِيمَةُ وَفِي الخِنْزِيرِ مَهْرُ المِثْلِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَهَا مَهْرُ المِثْلِ فِي الوَجْهَيْنِ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَهَا القِيمَةُ فِي الوَجْهَيْنِ، وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ القَبْضَ مُؤَكِّدٌ لِلْمِلْكِ فِي المَقْبُوضِ لَهُ فَيَكُونُ لَهُ شَبَهٌ بِالعَقْدِ فَيَمْتَنِعُ بِسَبَبِ الإِسْلَامِ كَالعَقْدِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَا بِغَيْرِ أَعْيَانِهِمَا، وَإِذَا التَحَقَتْ حَالَةُ القَبْضِ بِحَالَةِ

[النساء: ١٦١]، بيَّن أنه كان حرامًا في دينهم، أمَّا النكاح بغير مهر جائز في دينهم، كما لو تزوجها على خمر؛ ولأن المهر لو وجب لا يخلو إما أن يكون يجب حقًّا لها أو حقًّا للشرع، لا وجه إلى الأول؛ لأنها رضيت بغير مهر، ولا وجه إلى الثاني؛ لأنه غير مخاطب بحقوق الشرع، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان، و«الفوائد الظهيريَّة».

قوله: وَقَدْ قِيلَ: فِي المَيْتَةِ وَالسُّكُوتِ رِوَايَتَانِ، أي: عن أبي حنيفة رحمه الله.

قوله: وَهَذَا - كله - عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، أي: كل ما ذكر، وهو ما إذا كانا معينين أو غير معينين.

قوله: لَهَا مَهْرُ المِثْلِ فِي الوَجْهَيْنِ، أي: في المعين وغير المعين.

قوله: وَجْهُ قَوْلِهِمَا، وإنما جمع قولهما وإن كانا يختلفان فيما بينهما، حيث قال أبو يوسف رحمه الله فيهما بمهر المثل، ومحمد رحمه الله قال فيهما بالقيمة، ومهر المثل غير قيمة الخمر والخنزير، لكنَّهما يتفقان في أن لا يوجبا عين الخمر والخنزير.

قوله: أَنَّ القَبْضَ مُؤَكِّدٌ لِلْمِلْكِ فِي المَقْبُوضِ لَهُ، ألا ترى أن الصداق ينتصف بنفس

العَقْدِ، فَأَبُو يُوسُفَ يَقُولُ: لَوْ كَانَا مُسْلِمَيْنِ وَقْتَ العَقْدِ يَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ فَكَذَا هَاهُنَا، وَمُحَمَّدٌ يَقُولُ صَحَّتِ التَّسْمِيَةُ لِكَوْنِ المُسَمَّى مَالًا عِنْدَهُمْ، إِلَّا أَنَّهُ امْتَنَعَ التَّسْلِيمُ لِلْإِسْلَامِ فَتَجِبُ القِيمَةُ، كَمَا إِذَا هَلَكَ العَبْدُ المُسَمَّى قَبْلَ القَبْضِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ المِلْكَ فِي الصَّدَاقِ المُعَيَّنِ يَتِمُّ بِنَفْسِ العَقْدِ وَلِهَذَا تَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِيهِ، وَبِالقَبْضِ يَنْتَقِلُ مِنْ ضَمَانِ الزَّوْجِ إِلَى ضَمَانِهَا وَذَلِكَ لَا يَمْتَنِعُ بِالإِسْلَامِ كَاسْتِرْدَادِ

الطلاق قبل الدخول إذا لم يكن مقبوضًا، وبعد القبض لا يعود شيء إلى ملك الزوج إلا بقضاء أو رضاء، وكذلك الزوائد يتنصف قبل القبض ولا يتنصف بعده، وكذا لو مرَّ يوم الفطر والصداق عبد غير مقبوضٍ ثم طلقها قبل الدخول لا يجبُ صدقة الفطر عليها بخلاف ما بعد القبض، وكذلك لا تجب الزكاة عليها عند أبي حنيفة رحمه الله في المهر قبل القبض بخلاف ما بعده.

قوله: وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ المِلْكَ فِي الصَّدَاقِ المُعَيَّنِ يَتِمُّ بِنَفْسِ العَقْدِ وَلِهَذَا تَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِيهِ، وبهذه النكتة يخرج الجوابُ عن فصل البيع، فإنه إذا باع الخمر أو الخنزير أو اشترى ثم أسلم قبل القبض حيث ينفسخ البيع ويمنع عن القبض.

ويخرج الجوابُ أيضًا عمَّا إذا لم يكونا عينين، حيث لا يستحق عين الخمر والخنزير بالإجماع، أمَّا البيع فإن المبيع بعد القبض يستفاد ملك التصرف فيه لا قبله، والإسلام مانع منه؛ ولأن ضمان المبيع في يد البائع ضمان ملك، حتى لو هلك يهلك على ملكه، فكان قبض المشتري ناقلًا لضمان الملك، فأمَّا ضمان المسمَّى في يد الزوج فليس بضمان ملك، حتى لو هلك يهلك على ملكها، ولهذا وجب لها القيمة، فلا يكون الإسلام مانعًا من القبض الناقل للضمان إذا لم يكن ضمان ملك كاسترداد المغصوب بل أَوْلى؛ لأن في استرداد المغصوب إزالة اليد المانعة وهي يدُ الغاصب، وليس هاهنا إزالة اليد المانعة فلأن لا يمنع عن القبض كان أَوْلَى.

وأمَّا المسمى إذا كان غير معين فإنما لا يملك قبضه؛ لأن القبض هناك موجبُ ملك

الخَمْرِ المَغْصُوبَةِ، وَفِي غَيْرِ المُعَيَّنِ القَبْضُ يُوجِبُ مِلْكَ العَيْنِ فَيَمْتَنِعُ بِالإِسْلَامِ، بِخِلَافِ المُشْتَرِي لِأَنَّ مِلْكَ التَّصَرُّفِ فِيهِ إِنَّمَا يُسْتَفَادُ بِالقَبْضِ، وَإِذَا تَعَذَّرَ القَبْضُ فِي غَيْرِ المُعَيَّنِ لا تَجِبُ القِيمَةُ فِي الخِنْزِيرِ لِأَنَّهُ مِنْ ذَوَاتِ القِيَمِ فَيَكُونُ أَخْذُ قِيمَتِهِ كَأَخْذِ عَيْنِهِ، وَلا كَذَلِكَ الخَمْرُ، لِأَنَّهُ مِنْ ذَوَاتِ الأَمْثَالِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ جَاءَ بِالقِيمَةِ قَبْلَ الإِسْلَامِ تُجْبَرُ عَلَى القَبُولِ فِي الخِنْزِيرِ دُونَ الخَمْرِ، وَلَوْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا، فَمَنْ أَوْجَبَ مَهْرَ المِثْلِ أَوْجَبَ المُتْعَةَ، وَمَنْ أَوْجَبَ القِيمَةَ أَوْجَبَ نِصْفَهَا، وَاللهُ أَعْلَمُ.

العين، والإسلام يمنع من ذلك إذا كان ذلك المسمَّى خمرًا أو خنزيرًا.

وأمَّا **قوله:** أَنَّ القَبْضَ مُؤَكِّدٌ لِلْمِلْكِ فِي المَقْبُوضِ، على ما ذكر من المسائل، فإن ذلك كله يدل على ضَعف الثبوت، وتعلق الوكادة بالقبض لا يدل على امتناع تأكيد ما هو ثابت بالإسلام بل يدل على عكسه؛ فإنه إذا اشترى خمرًا وقبض وبها عيب فالملك غير متأكد، وبالإسلام يتأكد ويسقط الخيار، هذا كله من «المبسوط»، و«الأسرار»، وشروح «الجامع الصغير».

قوله: أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ جَاءَ بِالقِيمَةِ قَبْلَ الإِسْلَامِ تُجْبَرُ عَلَى القَبُولِ فِي الخِنْزِيرِ، هذا دليل على أن قيمة الخنزير بمنزلة عينه؛ لأنه لو لم يكن كذلك لما أجبرت على القبول.

قوله: فَمَنْ أَوْجَبَ مَهْرَ المِثْلِ أَوْجَبَ المُتْعَةَ، وَمَنْ أَوْجَبَ القِيمَةَ أَوْجَبَ نِصْفَهَا، ففي العين لها نصف العين في قول أبي حنيفة رحمه الله، وفي غير العين في الخمر لها نصف القيمة، وفي الخنزير لها نصف المتعة؛ لأن مهر المثل لا ينتصف بالطلاق قبل الدخول، بل في كل موضع كان الواجب مهر المثل قبل الطلاق، فالواجب المتعةُ بعد الطلاق.

وعند محمد رحمه الله لها بعد الطلاق نصف القيمة على كل حال، كذا في «المبسوط»، وعند أبي يوسف رحمه الله لها المتعة على كل حال، والله تعالى أعلم.

(بَابُ نِكَاحِ الرَّقِيقِ)

قَالَ: (لا يَجُوزُ نِكَاحُ العَبْدِ وَالأَمَةِ إِلَّا بِإِذْنِ مَوْلاهُمَا) وَقَالَ مَالِكٌ: يَجُوزُ لِلْعَبْدِ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ الطَّلَاقَ فَيَمْلِكُ النِّكَاحَ، وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «أَيُّمَا عَبْدٍ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهُ فَهُوَ عَاهِرٌ»؛ وَلِأَنَّ فِي تَنْفِيذِ نِكَاحِهِمَا تَعْيِيبَهُمَا

باب نكاح الرقيق

أخَّر هذا الباب عن فصل النصراني والنصرانية؛ لأن الرق من آثار الكفر؛ إذا الاسترقاق ابتداءً لا يرد إلا على الكافر، ولا شكَّ أن الأثر يقفو المؤثر.

وذكر في «الصحاح»: الرقيق المملوك، وقد يطلق على الواحد والجمع.

وذكر في «المغرب»: الرقيق العبد، وقد يقال للعبيد، ومنه: هؤلاء رقيقي.

قوله: وَقَالَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللهُ: يَجُوزُ لِلْعَبْدِ، قيَّد بالعبد؛ لأنه لا يجوز للأمة بالإجماع؛ لأن بُضعها مملوك للمولى.

قوله: لِأَنَّهُ يَمْلِكُ الطَّلَاقَ فَيَمْلِكُ النِّكَاحَ، لأن الطلاق حكم يستفاد من النكاح، فلمَّا كان أهلًا لحكمه بغير إذن المولى كان أهلًا لسببه.

واستدل أصحابنا بظاهر قوله تعالى: ﴿ضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَّا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ﴾ [النحل: ٧٥]، والنكاح شيء فلا يملكه العبد بنفسه، ومذهبنا مرويٌّ عن عُمر رضي الله عنه أنه قال: «أَيُّمَا عَبْدٍ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهُ فَهُوَ عَاهِرٌ»، كذا في «المبسوط».

أسند هذا الحديث إلى عُمر رضي الله عنه في «المبسوط» كما ترى، ولكن يرفعه إلى

إِذِ النِّكَاحُ عَيْبٌ فِيهِمَا فَلَا يَمْلِكَانِهِ بِدُونِ إِذْنِ مَوْلاهُمَا (وَكَذَا المُكَاتَبُ) لِأَنَّ الكِتَابَةَ أَوْجَبَتْ فَكَّ الحَجْرِ فِي حَقِّ الكَسْبِ فَبَقِيَ فِي حَقِّ النِّكَاحِ عَلَى حُكْمِ الرِّقِّ، وَلِهَذَا لا يَمْلِكُ المُكَاتَبُ تَزْوِيجَ عَبْدِهِ وَيَمْلِكُ تَزْوِيجَ أَمَتِهِ لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ الِاكْتِسَابِ، وَكَذَا المُكَاتَبَةُ لا تَمْلِكُ تَزْوِيجَ نَفْسِهَا بِدُونِ إِذْنِ المَوْلَى وَتَمْلِكُ تَزْوِيجَ أَمَتِهَا؛

النبي صلى الله عليه وسلم في «الإيضاح» كما هو المذكور في الكتاب.

قوله: وَلِأَنَّ فِي تَنْفِيذِ نِكَاحِهِمَا تَعْيِيبَهُمَا إِذِ النِّكَاحُ عَيْبٌ فِيهِمَا، ففي هذا جوابٌ عمَّا استدل به مالك؛ فإنه يملك الطلاق فيملك النكاح؛ لأن في الطلاق إزالة العيب فيملك إزالة العيب عن نفسه بالطلاق، ولا يملك التعييب بالنكاح.

فإن قلتَ: يشكل على هذا صحة إقراره بالحدود والقصاص، فإن وجوب قطع اليد في السرقة، ووجوب القصاص عيب فيهما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، وأمَّا على قول أبي حنيفة رحمه الله فبمنزلة الاستحقاق، وهو أيضاً أقوى العيوب فولايته على هذا التعييب تبطل هذه النكتة.

قلتُ: العبد لا يصير مملوكاً لمالكه فيما يتعلق به خطاب الشرع، ثم الحدود والقصاص إنما وجبت عقوبةً وجزاءً على هتك حرمة لزمت العبد شرعًا، وصيانة هتك المحرمات واجبة على من خوطب بها والعبد منه، وما ثبت من التعييب ثبتَ في ضمن صيانة الواجب شرعًا لله تعالى فلا يُبالى به، وأمَّا النكاح فعقد ازدواج واقتضاء شهوة كل واحد من الزوجين من صاحبه، فلا يملك إلا بملك الرقبة، والرقبة للمولى فلا يصح بدون إذنه.

يُوضحه: أنه لو باع رقبته أو رهنه بمال لم يجز، وإن كان منفعة ذلك ترجع إلى المولى، فإذا تزوَّج ولا منفعة للمولى في عقده أوْلَى أن لا يجوز، إلى هذا أشار في «المبسوط» و«الأسرار».

قوله: وَكَذَا المُكَاتَبَةُ لا تَمْلِكُ تَزْوِيجَ نَفْسِهَا بِدُونِ إِذْنِ المَوْلَى وَتَمْلِكُ تَزْوِيجَ أَمَتِهَا، وفي الأصل: الأب، والجد، والوصي، والقاضي، والمكاتب، والمضارب، والشريك المفاوض يملكون تزويج الأمة، كذا في «الخلاصة».

لِمَا بَيَّنَّا (وَ) كَذَا (الْمُدَبَّرُ وَأُمُّ الوَلَدِ) لِأَنَّ المِلْكَ فِيهِمَا قَائِمٌ.

(وَإِذَا تَزَوَّجَ العَبْدُ بِإِذْنِ مَوْلَاهُ فَالمَهْرُ دَيْنٌ فِي رَقَبَتِهِ يُبَاعُ فِيهِ) لِأَنَّ هَذَا دَيْنٌ وَجَبَ فِي رَقَبَةِ العَبْدِ لِوُجُودِ سَبَبِهِ مِنْ أَهْلِهِ وَقَدْ ظَهَرَ فِي حَقِّ المَوْلَى لِصُدُورِ الإِذْنِ مِنْ جِهَتِهِ فَيَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ دَفْعًا لِلْمَضَرَّةِ عَنْ أَصْحَابِ الدُّيُونِ كَمَا فِي دَيْنِ التِّجَارَةِ. (وَالمُدَبَّرُ وَالمُكَاتَبُ يَسْعَيَانِ فِي المَهْرِ وَلَا يُبَاعَانِ فِيهِ) لِأَنَّهُمَا لَا يَحْتَمِلَانِ النَّقْلَ مِنْ مِلْكٍ إِلَى مِلْكٍ مَعَ بَقَاءِ الكِتَابَةِ وَالتَّدْبِيرِ فَيُؤَدَّى مِنْ كَسْبِهِمَا لَا مِنْ نَفْسِهِمَا، (وَإِذَا تَزَوَّجَ العَبْدُ بِغَيْرِ

قوله: لِمَا بَيَّنَّا، وهو قوله: لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ الِاكْتِسَابِ.

قوله: وَكَذَا المُدَبَّرُ وَأُمُّ الوَلَدِ، وكذلك المدبرة، وابنُ أم الولد، ومعتق البعض عند أبي حنيفة رضي الله عنه.

قوله: فَالمَهْرُ دَيْنٌ فِي رَقَبَتِهِ يُبَاعُ فِيهِ، ثمَّ إذا بيع في مهرها ولم يف الثمن لا يباع ثانيًا؛ لأنه بيع في جميع المهر ويطالب بالباقي بعد العتق، وفي دين النفقة يباع مرة بعد أخرى؛ لأنه يجب شيئًا فشيئًا، فإن ماتَ سقط المهر والنفقة؛ لأن محل الاستيفاء قد فات، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

وإذا زوج عبده أمته لا مهر لها عليه، واختلف المشايخ فيه، منهم من قال: يجب المهر ثم يسقط، ومنهم من قال: لا يجب، وهذا أصح؛ لأن الوجوب وإن كان حقًّا لله تعالى فإنما يجب حقًّا لله تعالى للمولى، ولو جاز وجوبه للمولى ساعة لجاز وجوبه أكثر من ساعة، كذا في «فتاوى الإمام الولوالجي»، و«المحيط».

وذكر في «المبسوط»: لا مهر لها عليه؛ لأن المهر لو وجب كان للمولى، وإنما وجب في مالية العبد، وماليته مملوكة للمولى فلا فائدة في وجوبه أصلًا، وعلى طريق بعض أصحابنا يجب ابتداءً لحق الشرع، ثم يسقط لقيام ملك المولى في رقبة الزوج.

قوله: فَقَالَ المَوْلَى طَلِّقْهَا أَوْ فَارِقْهَا فَلَيْسَ هَذَا، بمنزلة الإجازة، بخلاف ما إذا زوَّج

إذْنِ مَوْلَاهُ فَقَالَ الْمَوْلَى طَلِّقْهَا أَوْ فَارِقْهَا فَلَيْسَ هَذَا بِإِجَازَةٍ) لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ الرَّدَّ لِأَنَّ رَدَّ هَذَا الْعَقْدِ وَمُتَارَكَتَهُ يُسَمَّى طَلَاقًا وَمُفَارَقَةً وَهُوَ أَلْيَقُ بِحَالِ الْعَبْدِ الْمُتَمَرِّدِ أَوْ هُوَ أَدْنَى فَكَانَ الْحَمْلُ عَلَيْهِ أَوْلَى (وَإِنْ قَالَ: طَلِّقْهَا تَطْلِيقَةً تَمْلِكُ الرَّجْعَةَ فَهُوَ إجَازَةٌ)

الفضولي رجلًا امرأة، فلما بلغ الخبر إليه قال: طلقها حيث يكون إجازة؛ لأنه يملك التطليق بالإجازة فيملك الأمر به أيضـًا، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

ولأن فعل الفضولي إعانة وليس بتمرّد، فكان الرد أليق في العبد لأنه متمرّد؛ ولأن الضرر ينجبر في حق الزوج بملك بضع يقابله، بخلاف ضرر المولى فلذلك افترقا.

وقال ابن أبي ليلى رحمه الله في مسألة الكتاب: فقوله طلقها يكون إجازة؛ لأنه أمر بالطلاق، والمطلق ينصرف إلى الجائز.

ولنا أن الأمر بالطلاق يحتمل الأمر بالمتاركة، وليس في هذا الكلام ما يدل على الإجازة والرضاء فلا تثبت الإجازة، حتى لو قال: أوقع عليها تطليقة، أو طلقها تطليقة تقع عليها تكون إجازة؛ لأن وقوع الطلاق يختص بالنكاح الجائز فيكون إجازة، كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي رحمه الله.

فإن قلتَ: ما الفرق بين هذه الصورة وبين ما إذا قالت المرأة للرجل: طلقني كان إقرارًا منها بالنكاح، وكذلك لو زوج الرجل فضوليٌّ أربعًا في عقدة وثلاثًا في عقدة، وبلغه الخبر فطلق إحدى الثلاث، أو إحدى الأربع بغير عينها، كان إجازة منه لنكاح ذلك الفريق؟

قلتُ: أما الأول: فإن الظاهر من حالها مباشرة النكاح الصحيح فحمل عليه، وهنا دليل الفساد ظاهرٌ، وهو تمرده على مولاه بالنكاح بغير إذنه، وأما الثانِي: فإن قول الزوج لا يصح إلا بأن يحمل على الطلاق؛ لأنه إن وقع في التي صح نكاحهنَّ صح كلامه، وإن وقع في التي لم يصح نكاحهنَّ لا يصح كلامُه، فجعل منه إجازةً للعقد تصحيحًا لكلامه، وهاهنا قول المولى صحيح في الحالين، سواءٌ كان أمرًا بالطلاق أو بالمتاركة فحُمل على المتاركة؛ لما أن قوله: طلقها يصلح أمرًا بالمتاركة، فإن الطلاق في النكاح الفاسد والموقوف يكون متاركة، ويصلح أن يكون أمرًا له بالطلاق عن النكاح، في الأول لا يصلح أن يكون إجازة وفي الوجه

لِأَنَّ الطَّلَاقَ الرَّجْعِيَّ لا يَكُونُ إِلَّا فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ فَتَتَعَيَّنُ الإِجَازَةُ.

(وَمَنْ قَالَ لِعَبْدِهِ تَزَوَّجْ هَذِهِ الأَمَةَ فَتَزَوَّجَهَا نِكَاحًا فَاسِدًا وَدَخَلَ بِهَا فَإِنَّهُ يُبَاعُ فِي المَهْرِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يُؤْخَذُ مِنْهُ إِذَا عَتَقَ) وَأَصْلُهُ أَنَّ الإِذْنَ بِالنِّكَاحِ يَنْتَظِمُ الفَاسِدَ وَالجَائِزَ عِنْدَهُ، فَيَكُونُ هَذَا المَهْرُ ظَاهِرًا فِي حَقِّ المَوْلَى وَعِنْدَهُمَا يَنْصَرِفُ

الثاني يصلح، فلا يكون إجازة بالشك، كذا ذكره الإمام التمرتاشي، والإمام المحبوبي.

قوله: لِأَنَّ الطَّلَاقَ الرَّجْعِيَّ لا يَكُونُ إِلَّا فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ، فإن قيل: إذا قال المولى لعبده: كفر يمينك بالمال، لا يثبت العتق وإن كان التكفير بالمال لا يتحقق إلا بعد العتق.

قلنا: الإعتاق إثبات الأهلية في التصرفات الشرعية بطريق الإصالة، وما هذا حاله لا يثبت في ضمن نوع من التصرفات كالإيمان لا يثبت في ضمن خطاب الشرائع، فلذلك لم يخاطب الكفار بأوامر الشرع لما عُرف، وأمّا هاهنا ما هو الأصل وهو أصل شرعية النكاح فثابت للعبد؛ لأنه يبقى على الحرية في خصائص الآدمية، وإنما يُوقف النفاذ إلى إذن المولى وهو فرع على أصل النكاح، فصح أن يثبت النفاذ ضمنًا لما يقتضي النكاح الصحيح وهو الأمر بالطلاق الرجعي.

قوله: وَمَنْ قَالَ لِعَبْدِهِ تَزَوَّجْ هَذِهِ الأَمَةَ، ليس في ذكر الإشارة بالتعيين وفي ذكر الأمة بالتقييد كثير فائدة؛ فإن الحكم في غير المعين وفي غير الإماء كذلك؛ لأنه قال في «الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله:

وكذا لو أمره أن يتزوج امرأةً ولم يعين، فتزوج امرأة نكاحـًا فاسدًا ثم تزوج أخرى نكاحًا جائزًا، أو جدَّد النكاح في الأولى بوصف الصحة، عند أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز، وعندهما يجوز بناءً على الأصل المذكور في الكتاب، وهو **قوله:** وَأَصْلُهُ أَنَّ الإِذْنَ بِالنِّكَاحِ يَنْتَظِمُ الفَاسِدَ وَالجَائِزَ عِنْدَهُ، إلى آخره، ويبتني عليه حكمان:

أحدهما: ماقلنا أنه يُباع في المهر عنده، وعندهما لا يباع.

والثاني: إذا تزوَّجها بوصف الصحة بعد ذلك، عند أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز

إِلَى الجَائِزِ لا غَيْرُ فَلَا يَكُونُ ظَاهِرًا فِي حَقِّ المَوْلَى فَيُؤَاخَذُ بِهِ بَعْدَ العَتَاقِ، لَهُمَا أَنَّ المَقْصُودَ مِنَ النِّكَاحِ فِي المُسْتَقْبَلِ الإِعْفَافُ وَالتَّحْصِينُ وَذَلِكَ بِالجَائِزِ، وَلِهَذَا لَوْ حَلَفَ لا يَتَزَوَّجُ يَنْصَرِفُ إِلَى الجَائِزِ، بِخِلَافِ البَيْعِ لِأَنَّ بَعْضَ المَقَاصِدِ حَاصِلٌ وَهُوَ مِلْكُ التَّصَرُّفَاتِ، وَلَهُ أَنَّ اللَّفْظَ مُطْلَقٌ فَيَجْرِي عَلَى إِطْلَاقِهِ كَمَا فِي البَيْعِ، وَبَعْضُ المَقَاصِدِ فِي النِّكَاحِ الفَاسِدِ حَاصِلٌ كَالنَّسَبِ، وَوُجُوبِ المَهْرِ وَالعِدَّةِ عَلَى اعْتِبَارِ وُجُودِ الوَطْءِ، وَمَسْأَلَةُ اليَمِينِ مَمْنُوعَةٌ عَلَى هَذِهِ الطَّرِيقَةِ. (وَمَنْ زَوَّجَ عَبْدًا

لانتهاء الإذن بالعقد الأول، وعندهما يجوز.

قوله: لَهُمَا أَنَّ المَقْصُودَ مِنَ النِّكَاحِ فِي المُسْتَقْبَلِ الإِعْفَافُ، إلى أن قال: وَلِهَذَا لَوْ حَلَفَ لا يَتَزَوَّجُ، إنما قيَّد بالمستقبل؛ لأنه لو حلف وقال: إنه ما تزوَّج امرأة في الماضي وقد كان تزوج فاسدًا أو صحيحًا كان حانثًا في يمينه، كذا في «المبسوط».

قوله: كَمَا فِي البَيْعِ، أي: إن أَمَرَه بالبيع، فإن أمره به يتناول الجائز والفاسد.

قوله: وَمَسْأَلَةُ اليَمِينِ مَمْنُوعَةٌ عَلَى هَذِهِ الطَّرِيقَةِ، وهي طريقة إجراء اللفظ المطلق على إطلاقه، فكان إشارة إلى أول النكتة.

ولئن كان قول الكل فالعذر لأبي حنيفة رحمه الله أن ثمَّة تقيد بالعرف، ومبنى الأيمان على العرف، وكذلك التوكيل في النكاح عند أبي حنيفة رحمه الله يتناول الجائز والفاسد، حتى لو زوَّج امرأة نكاحًا فاسدًا انتهى الوكالة به، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان.

وأمَّا قولهما المراد بالنكاح: الإِعْفَافُ وَالتَّحْصِينُ، قلنا: الإعفاف الحاصل من النكاح ليس في يد المولى، فإنه إنما يكون بدوام النكاح ودوامه ليس في يده، مع أن العفة أمر باطني فليس هو في يد المولى أيضًا.

قوله: وَمَنْ زَوَّجَ عَبْدًا مَأْذُونًا لَهُ، أي: مأذونًا له ومديونًا.

مَأْذُونًا لَهُ مَدْيُونًا امْرَأَةً جَازَ، وَالمَرْأَةُ أُسْوَةٌ لِلْغُرَمَاءِ فِي مَهْرِهَا) وَمَعْنَاهُ إِذَا كَانَ النِّكَاحُ بِمَهْرِ المِثْلِ، وَوَجْهُهُ أَنَّ سَبَبَ وِلَايَةِ المَوْلَى مِلْكُهُ الرَّقَبَةَ عَلَى مَا نَذْكُرُهُ، وَالنِّكَاحُ لا يُلَاقِي حَقَّ الغُرَمَاءِ بِالإِبْطَالِ مَقْصُودًا، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا صَحَّ النِّكَاحُ وَجَبَ الدَّيْنُ بِسَبَبٍ لا مَرَدَّ لَهُ،

قوله: وَمَعْنَاهُ إِذَا كَانَ النِّكَاحُ بِمَهْرِ المِثْلِ، أو أقل من ذلك حينئذٍ تكون المرأة أسوةً للغرماء، وأمَّا إذا كان المسمى أكثر من مهر المثل فإنها لاتساوي الغرماء، بل يؤخر حقها إلى استيفاء الغرماء ديونهم كدين الصحة مع دين المرض.

قوله: وَالنِّكَاحُ لا يُلَاقِي حَقَّ الغُرَمَاءِ بِالإِبْطَالِ، إلى آخره، جوابُ سؤالٍ مقدرٍ وهو أن يقال: النكاح يلاقي حق الغرماء بالإبطال مقصودًا، فيجب أن لا تكون المرأة أسوة للغرماء، بل يجب أن يبدأ بدين الغرماء أوَّلًا، كما لو قتل العبد رجلًا عمدًا فصالح المولى مع الوليِّ على رقبته بُدِئَ بدين الغرماء، وكذلك لو خلع أمته المأذونة المزوّجة على رقبتها وزوجها عبد بُدِئَ بدين الغرماء، وكذلك لو خلع أمته المديونة إلى آخره.

فأجاب عنه بهذا، وتفسيرُه هو أن النكاح لمَّا صح بالدليل وهو قيامُ ملك الرقبة والحاجة إلى التحصين، وبقاء العبد على الحرية في حق صحة النكاح، ثبت ما هو من ضروراته التي هو غير منفك عنه، وهو لزوم المهر عليه؛ لأن النكاح في الأصل أينما ثبت لا يثبت بدون المال رجوعًا إلى قوله تعالى: ﴿أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم﴾ [النساء: ٢٤]؛ إذ الباء للملاصقة ولا وجود للملصَق به بدون الملصَق، فكان ثبوت المال هناك ضمنًا لصحة النكاح ضرورة، فكان بمنزلة ثبوت المقتضى عند ثبوت المقتضي، فيُراعى شرائط المقتضى المنصوص لكونه مقصودًا، لا شرائط المقتضى المندرج لأنه غير مقصود.

وأمَّا في تينك المسئلتين فالعتقُ والخلعُ الذي أصله الطلاق ينفكان عن المال، فكان إيجاب المال هناك مضافًا إلى المولى، بخلاف النكاح، وإلى هذا المعنى أشار **بقوله:** إِلَّا أَنَّهُ إِذَا صَحَّ النِّكَاحُ وَجَبَ الدَّيْنُ بِسَبَبٍ لا مَرَدَّ لَهُ، إلى هذا أشار الإمام التمرتاشي رحمه الله.

فَشَابَهَ دَيْنَ الِاسْتِهْلَاكِ وَصَارَ كَالمَرِيضِ المَدْيُونِ إِذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَيُمْهِرُ مِثْلَهَا أُسْوَةً لِلْغُرَمَاءِ. (وَمَنْ زَوَّجَ أَمَتَهُ فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يُبَوِّئَهَا بَيْتَ الزَّوْجِ لَكِنَّهَا تَخْدُمُ المَوْلَى، وَيُقَالُ لِلزَّوْجِ مَتَى ظَفِرْتَ بِهَا وَطِئْتَهَا) لِأَنَّ حَقَّ المَوْلَى فِي الِاسْتِخْدَامِ بَاقٍ وَالتَّبوِئَةُ إِبْطَالٌ لَهُ (فَإِنْ بَوَّأَهَا مَعَهُ بَيْتًا فَلَهَا النَّفَقَةُ وَالسُّكْنَى وَإِلَّا فَلَا) لِأَنَّ النَّفَقَةَ تُقَابِلُ الِاحْتِبَاسَ، وَلَوْ بَوَّأَهَا بَيْتًا ثُمَّ بَدَا لَهُ أَنْ يَسْتَخْدِمَهَا لَهُ ذَلِكَ لِأَنَّ الحَقَّ بَاقٍ لِبَقَاءِ

قوله: فَشَابَهَ دَيْنَ الِاسْتِهْلَاكِ، أي: إذا استهلك العبد مال الغير وذلك الغير أسوة للغرماء.

قوله: وَمَنْ زَوَّجَ أَمَتَهُ فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يُبَوِّئَهَا، يقال: بوَّأت للرجل منزلًا، وبوَّأته منزلًا، أي: هيَّأته بمعنى، ومكنتُ له فيه، كذا في «الصحاح».

وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله: التَّبْوِئَةُ: هي أن يخلي بينها وبينه ولا يستخدمها، وإن كانت تجيء وتخدم المولى بلا استخدامه.

قوله: فَلَهَا النَّفَقَةُ، فإن قيل: ينبغي أن يجب على المولى التبوئة؛ لأن التبوئة من باب التسليم، والتسليم واجب على المولى.

قلنا: التبوئة أمر زائد على التسليم؛ لأن التسليم يُتحقق بدون التبوئة بأن يقال له: متى ظفرت بها وطئتها فلا يجبُ عليه التبوئة، وإذا بقي حقه في الاستخدام وإنه أمر مستدام فقد ثبت للزوج حق الاستمتاع بالوطء أيضًا، لكن الحاجة إليه تقع أحيانًا، فلا يجوز الانتزاع من يد الولي لأجل حاجة تقع أحيانًا، كذا في «مبسوط فخر الإسلام» رحمه الله.

قوله: وَلَوْ بَوَّأَهَا بَيْتًا ثُمَّ بَدَا لَهُ أَنْ يَسْتَخْدِمَهَا لَهُ ذَلِكَ، ولم يذكر أنه هل تسقط النفقة بالاستخدام أو بعد وجوبها بالتبوئة أم لا؟ ذكر الإمام المحبوبي رحمه الله أنَّها تسقط، وإليه أشار في الكتاب **بقوله:** لِأَنَّ النَّفَقَةَ تُقَابِلُ الِاحْتِبَاسَ، وإنما قلنا أنَّها تسقط؛ لأن المولى أزال ما به كان يجبُ نفقتها عليه، فكانت كالحرَّة الناشزة.

فإن قيل: إنَّما أزال ذلك لحق له فإن حق المولى باقٍ في استخدامها بعد التزويج،

الْمِلْكِ فَلَا يَسْقُطُ بِالتَّبَوِئَةِ كَمَا لا يَسْقُطُ بِالنِّكَاحِ.

قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: (ذَكَرَ تَزْوِيجَ الْمَوْلَى عَبْدَهُ وَأَمَتَهُ وَلَمْ يَذْكُرْ رِضَاهُمَا) وَهَذَا يَرْجِعُ إِلَى مَذْهَبِنَا أَنَّ لِلْمَوْلَى إِجْبَارَهُمَا عَلَى النِّكَاحِ، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ لا إِجْبَارَ فِي الْعَبْدِ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ لِأَنَّ النِّكَاحَ مِنْ خَصَائِصِ الآدَمِيَّةِ وَالعَبْدُ دَاخِلٌ

فينبغي أن لا تسقط النفقة كالحرة إذا حبست نفسها لاستيفاء الصداق.

قلنا: الحرة إذا حبست نفسها لاستيفاء صداقها فالتفويت إنما جاء من قِبَل الزوج حين امتنع من إيفاء ما التزمه، وهاهنا التفويت ليس من جهة الزوج بل من جهة من له الحق وهو المولى، لشغله إيَّاها بخدمة نفسه فلهذا لم يكن لها النفقة، كما في المحبوسة بالدين فإنه لا نفقة لها، فكذلك هاهنا.

ولو استخدمها المولى ثم أعادها إلى بيت الزوج فلها النفقة، كالحرة إذا هربت من زوجها ثم عادت إلى بيته، وكالمحبوسة بالدين إذا قضت الدين وعادت إلى بيت زوجها فلها النفقة، وكذلك لو خرجت لحاجة تسقط نفقتها، فإذا عادت إلى بيت زوجها يكون لها النفقة.

فإن جاءت الأمة بولد من الزوج فلا نفقة عليه للولد؛ لأن ولد الأمة مملوك لمولاها فنفقته تكون على مالكها، وإن كانت مكاتبة وقد بوَّأها معه أو لم يبوأها فلها النفقة؛ لأنها في يد نفسها كالحرة وليس لمولاها أن يستخدمها، فصارت كالحرة في استحقاق النفقة على الزوج إذا لم تكن ظالمة في حبس نفسها منه، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ لا إِجْبَارَ فِي الْعَبْدِ؛ لأن ما يتناوله النكاح من العبد غير مملوك للمولي عليه، فتصرفه فيما لا يملكه من عبده كتصرف الأجنبي، ألا ترى أنه لا يملك عليه الإقرار بالقصاص كالأجنبي، ولا يملك أن يطلق امرأة العبد؛ لأنها غير مملوكة للمولى. ويُوضحه: أن تزويجه بغير رضاه لا يفيد مقصود النكاح؛ لأن الطلاق بيد العبد فيطلقها من ساعته.

لكنا نستدل بقوله تعالى: ﴿ضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَّا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ﴾ [النحل:

تَحْتَ مِلْكِ المَوْلَى مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ مَالٌ فَلَا يَمْلِكُ إِنْكَاحَهُ، بِخِلَافِ الأَمَةِ لِأَنَّهُ مَالِكٌ مَنَافِعَ بُضْعِهَا فَيَمْلِكُ تَمْلِيكَهَا، وَلَنَا لِأَنَّ الإِنْكَاحَ إِصْلَاحُ مِلْكِهِ لِأَنَّ فِيهِ تَحْصِينَهُ عَنِ الزِّنَا الَّذِي هُوَ سَبَبُ الهَلَاكِ أَوِ النُّقْصَانِ فَيَمْلِكُهُ اعْتِبَارًا بِالأَمَةِ، بِخِلَافِ المُكَاتَبِ وَالمُكَاتَبَةِ لِأَنَّهُمَا التَحَقَا بِالأَحْرَارِ تَصَرُّفًا فَيُشْتَرَطُ رِضَاهُمَا.

قَالَ: (وَمَنْ زَوَّجَ أَمَتَهُ ثُمَّ قَتَلَهَا قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا زَوْجُهَا فَلَا مَهْرَ لَهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ،

٧٥]، وإباءُ عقد المولى شيء فلا يقدر العبد عليه؛ ولأنه مملوكه على الإطلاق فيملك نكاحه بغير رضاه كالأمة؛ وهذا لأن في الأمة إنما ينفذ عقد المولى عليها بملك رقبتها لا بملكه ما يُملك النكاح، فإن ولاية التزويج لا تستدعي ملك ما يُملك بالنكاح طردًا وعكسًا، ووجودًا وعدمًا، ألا ترى أن الوليَّ يُزوج الصغيرة ولا يملك عليها ما يملك بالنكاح، والزوج لا يُزوّج امرأته وهو مالك عليها ما يُملك بالنكاح، وهذا موجودٌ في جانب العبد بل أولى؛ لأن في تزويج الأمة ينظر لنفسه وفي تزويج العبد ينظر للعبد.

وما قاله: أنه غير مملوك للمولي عليه، فاسد؛ لأن العبد لا يستبدُّ بالنكاح بالاتفاق، وما لا يملكه المولى من عبده فالعبد فيه مبقى على أصل الحرية فيستند به، وإن كان فيه ضرر المولى كالإقرار بالقصاص، وإيقاع الطلاق على زوجته.

وقوله: أنه يطلقها من ساعته فكان النكاح غير مفيد، قلنا: موجب النكاح الحلّ وذلك يحصل بالنكاح إلى أن يرتفع بالطلاق، والظاهر أن حَشْمة المولى تمنعه من الطلاق، كذا في «المبسوط».

وأمَّا عدم ملك طلاق امرأة عبده؛ لما أنه إزالة الحل لمن وقع له الحل، فالحل واقعٌ للعبد فكان الرَّفع له أيضـًا.

قولـه: لِأَنَّهُمَا التَحَقَا بِالأَحْرَارِ تَصَرُّفًا فَيُشْتَرَطُ رِضَاهُمَا، وعن هذا استخرجت المسألة اللطيفة وهي: أن المولى إذا زوَّج مكاتبته الصغيرة يوقف النكاح على إجازتها؛ لأنَّها ملحقة بالبالغة فيما يبتنى على الكتابة؛ ثمَّ أنَّها لو لم ترد حتى أدَّت فعتقت بقي النكاح موقوفـًا على إجازة المولى لا على إجازتها؛ لأنَّها بعد العتق لم تبق مكاتبةً وهي صغيرة والصغيرة ليست من

وَقَالَا: عَلَيْهِ المَهْرُ لِمَوْلَاهَا) اعْتِبَارًا بِمَوْتِهَا حَتْفَ أَنْفِهَا، وَهَذَا لِأَنَّ المَقْتُولَ مَيِّتٌ بِأَجَلِهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَتَلَهَا أَجْنَبِيٌّ، وَلَهُ أَنَّهُ مَنَعَ المُبْدَلَ قَبْلَ التَّسْلِيمِ فَيُجَازَى بِمَنْعِ البَدَلِ كَمَا إِذَا ارْتَدَّتِ الحُرَّةُ،

أهل الإجازة، وهذه من ألطف المسائل وأعجبها، حيث أُعتبر إجازة المكاتبة في حال رقبتها، ولم تعتبر في حال العتق لما ذكرنا من الفرق، كذا ذكرها في «الخلاصة» مُحالة إلى «المحيط».

قوله: لِأَنَّ المَقْتُولَ مَيِّتٌ بِأَجَلِهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَتَلَهَا أَجْنَبِيٌّ، أو قتلت الأمة نفسها، أو قتلت الحرة نفسها، أو قتل المولى زوجها، والدليل على أن القتل موت ما لو جرحها المولى ثم أعتقها ثم اكتسبت مالاً ثم ماتت من تلك الجراحة فإن الزوج يرثها، ولو مات الزوج قبلها ورثته أيضاً، والتوريث إنما يكون عند انتهاء النكاح بالموت، فتبيَّن به أن النكاح بذلك لم ينفسخ، وسقوط المهر من حكم انفساخ النكاح.

قوله: وَلَهُ أَنَّهُ مَنَعَ المُبْدَلَ قَبْلَ التَّسْلِيمِ فَيُجَازَى بِمَنْعِ البَدَلِ كَمَا إِذَا ارْتَدَّتِ الحُرَّةُ، قبل الدخول، أو قبَّلت ابن زوجها.

فإن قيل: المنكوحة الصغيرة إذا ارتضعت من أم زوجها، أو المجنونة إذا قبَّلت ابن زوجها بشهوة قبل الدخول، حتى بانتا منه لا يسقط المهر، وإن منعتا المبدل قبل التسليم.

قلنا: إن منع البدل من منافع المعقود عليه وجبت بطريق المجازاة لا بطريق الجبر؛ لأن ملك النكاح لا يضمن بالإتلاف فيكون منع البدل أيضاً بطريق المجازاة، تحقيقاً للمساواة الواجبة بعقد المعاوضة، وهما ليستا من أهل المجازاة، بخلاف المولى فإنه من أهل المجازاة، ألا ترى أنه تجب عليه الكفارة، حتى لو كان المولى صبيًّا يجبُ أن لا يسقط المهر عند أبي حنيفة رضي الله عنه.

فإن قيل: أليس أن الصغيرة العاقلة إذا ارتدت تجازي بسقوط المهر إن كان قبل الدخول بها، فقد جُعلت الصغيرة من أهل المجازاة.

قلنا: إنما لا تجازي على أفعال لا تكون محظورة في حقها، والردَّة محظورة من الصبية

وَالقَتْلُ فِي أَحْكَامِ الدُّنْيَا جُعِلَ إِتْلَافًا حَتَّى وَجَبَ القِصَاصُ وَالدِّيَةُ فَكَذَا فِي حَقِّ

العاقلة، بدليل أنها تحرم عن الميراث بسبب الردَّة وتستتاب بالحبس؛ ولأن القتل يحل في بعض المواضع والردَّة لا تحل في موضع مَّا، فلا يلزمُ من حظر الردة حظر القتل في حقها.

قوله: وَالقَتْلُ فِي أَحْكَامِ الدُّنْيَا جُعِلَ إِتْلَافًا، هذا جواب عن قولهما: أَنَّ المَقْتُولَ مَيِّتٌ بِأَجَلِهِ.

قوله: حَتَّى وَجَبَ القِصَاصُ وَالدِّيَةُ، والكفارة، وحرمان الإرث، فلذلك في حق المهر اعتبر فعله، فيجعل منعًا للمبدل وإن كان المقتول ميتـًا بأجله، ألا ترى أن من ذبح شاة إنسان بغير أمره يكون ضامنًا، وباعتبار الذبح هو مُحسنٌ إلى صاحب الشاة فيما صنعه؛ لأنه غير متلف عليه شيئـًا حيثُ حلَّ أكلُها، وعلى تقدير الموت لا يحل، يُوضحه: أن المولى لو عيَّب أمته لم يكن له أن يُطالب الزوج بصداقها مع ولايته فيه شرعًا، فإذا أتلفها أولى أن لا يكون له أن يطالب بصداقها.

وأمَّا **قوله:** كَمَا إِذَا قَتَلَهَا أَجْنَبِيٌّ، قلنا: هناك لم يوجد منع المبدل ممَّن له البدل، بخلاف ما نحن فيه، فكذلك إذا قتلت هي نفسها؛ لأن ذلك هدر في أحكام الدنيا فاعتبر موتـًا.

وأمَّا مسألة جرح المولى قلنا: إنَّما اعتبرناه موتـًا في حق الزوج؛ لأن الزوج ليس بقاتل والقتل في حق غير القاتل موتٌ، هذا كله من «المبسوط»، و«الفوائد الظهيريَّة»، و«فتاوى الإمام التمرتاشي» رحمه الله.

فإن قلتَ: ما فائدة تخصيص الحرة في **قوله:** كَمَا إِذَا ارْتَدَّتِ الحُرَّةُ، وفي تحقق الارتداد لا تتفاوت الحرة والأمة.

قلتُ: يتفاوتان في حكم الارتداد وإن لم يتفاوتا في تحققه، فإن الحرة إذا ارتدَّت قبل الدخول بها يسقط المهرُ روايةً واحدةً من غير تردد فيه كما ذكر، وأمَّا إذا ارتدت الأمة أو قبَّلت ابن زوجها فقد ذكر في «الفوائد»: فلا رواية عن أصحابنا أن المهر يسقط أم لا؟ واختلف المشايخ منهم من قال: لا يسقط المهر؛ لأن المنع ما جاء من قبل من له الحق وهو المولى حتى يجازي بمنع البدل، ومنهم من يقول: يسقط؛ لأن المهر يجب لها ثم ينتقل إلى مولاها إذا فرغ عن حاجتها، حتى لو كان عليها دين يصرف المهر إلى دينها، كذا ذكره شيخ الإسلام.

المَهْرِ (وَإِنْ قَتَلَتْ حُرَّةٌ نَفْسَهَا قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا زَوْجُهَا فَلَهَا المَهْرُ) خِلَافًا لِزُفَرَ، هُوَ يَعْتَبِرُهُ بِالرِّدَّةِ وَبِقَتْلِ المَوْلَى أَمَتَهُ وَالجَامِعُ مَا بَيَّنَّاهُ، وَلَنَا أَنَّ جِنَايَةَ المَرْءِ عَلَى نَفْسِهِ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ فِي حَقِّ أَحْكَامِ الدُّنْيَا فَشَابَهَ مَوْتَهَا حَتْفَ أَنْفِهَا، بِخِلَافِ قَتْلِ المَوْلَى أَمَتَهُ لِأَنَّهُ مُعْتَبَرٌ فِي حَقِّ أَحْكَامِ الدُّنْيَا حَتَّى تَجِبَ الكَفَّارَةُ عَلَيْهِ.

قَالَ: (وَإِذَا تَزَوَّجَ أَمَةً فَالإِذْنُ فِي العَزْلِ إِلَى المَوْلَى) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعَنْ أَبِي

قوله: خِلَافًا لِزُفَرَ رَحِمَهُ اللهُ، وذكر في «المبسوط» خلاف الشافعي مقام خلاف زفر.

قوله: وَالجَامِعُ مَا بَيَّنَّاهُ، وهو قوله: أَنَّهُ مَنَعَ المُبْدَلَ قَبْلَ التَّسْلِيمِ.

قوله: حَتَّى تَجِبَ الكَفَّارَةُ عَلَيْهِ، أي: فيما إذا كان قتل المولى خطأ، وكذلك يجب الضمان على المولى إن كان عليها دين، يوضحه: أن بعد قتلها نفسها المهر لورثتها لا لها، ولم يوجد من جهة الورثة ما يكون تفويتًا للمعقود عليه، وقد بيَّنا أن القتل موت في حق غير القاتل.

ولأن قتل الحرة نفسها لو اعتبر تفويتًا إنَّما يعتبر تفويتًا بعد الموت، وبالموت انتقل المهر إلى الورثة فلا يسقط بتفويتها، أمَّا في الأمة فمهرها ملك المولى، فكان فعلُه بإبطال المبدل إبطالًا لحق نفسه، وهو يملك إبطال حق نفسه هذا كمن قال لغيره: اقتل عبدي فقتله لا تجب القيمة على القاتل، والحر إذا قال لرجلٍ: اقتلني فقتله كان عليه ديتُه، ولا يصح إذنه في إبطال حق الورثة، فكذلك هاهنا.

فإن قيل: هذا يشكل بالحرَّة إذا قتلها وارثها فإنه لا يسقط المهر أيضًا.

قلنا: إنما لا يسقط المهر لأن الوارث صار محرومًا عن الميراث، فلم يصر مبطلًا حقَّ نفسه في المهر، فلذلك لم يبطل المهر بإبطاله حقه في المهر، كذا في «المبسوط» و«الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله.

قوله: وَإِذَا تَزَوَّجَ أَمَةً فَالإِذْنُ فِي العَزْلِ إِلَى المَوْلَى، هذه المسألة تدلُّ على جواز العزل، خلافًا لما قاله بعض الناس، أمَّا الجواز فلقوله تعالى: ﴿نِسَآؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُواْ

يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ أَنَّ الإِذْنَ فِي العَزْلِ إِلَيْهَا لِأَنَّ الوَطْءَ حَقُّهَا حَتَّى تَثْبُتَ لَهَا وِلَايَةُ المُطَالَبَةِ، وَفِي العَزْلِ تَنْقِيصُ حَقِّهَا فَيُشْتَرَطُ رِضَاهَا كَمَا فِي الحُرَّةِ، بِخِلَافِ الأَمَةِ المَمْلُوكَةِ لِأَنَّهُ لا مُطَالَبَةَ لَهَا فَلَا يُعْتَبَرُ رِضَاهَا، وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّ العَزْلَ

حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٣]، قال بعض المفسرين: إن شئتم عزلًا وإن شئتم غير عزل، وذلك أن اليهود كانوا يكرهون العزل ويقولون: هو الموودة الصغرى فنزلت هذه الآية بالإباحة، وعن ابن مسعود رضي الله عنه: «أنه سُئل عن العزل فقال: لا بأس به، ولو أن الله تعالى أخذ ميثاق نسمةٍ فلو ألقيتَها في صخرةٍ تخلق فيها»، وروى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله.

ثم أجمعوا على أنها لو كانت حرة فالإذن في ذلك إليها، ولو كانت مملوكة غير منكوحة فلا إذن فيها إلى أحد.

وفي المنكوحة لو كانت أمة اختلفوا فيه في تعيين الإذن كما ذكر في الكتاب، وفي كراهية «الفتاوى»: إن خاف من الولد السّوء يَسَعه أن يعزل عنها وإن كانت حرَّة لسُوء الزمان، وكذلك لو عالجت في إسقاط الولد لا تأثم ما لم يستبن شيء من خلقه، فإن ذلك لا يكون ولدًا، وخلقُه إنما يستبين في مائة وعشرين يومًا.

ثم إذا عزل بالإذن أو بغير الإذن فظهر بها حبلٌ بعد ذلك، هل يحل له نفي هذا الحبل؟ قالوا هو على وجهين: إما أن عاد إلى مباشرتها بعد العزل أو لم يعد، فإن لم يعد إلى مباشرتها بعد العزل حل له ذلك، وإن عاد فهو على وجهين: إن بال قبل العود حل له النفي، وإن لم يبل لا يحل؛ لأن بقيَّة المنيّ تصل إلى رحمها فتعلق بذلك ولا يسعه نفيه، وهكذا رُوي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه، وعن هذا قال أبو حنيفة رضي الله عنه: إن اغتسل الرجل بعد ما جامع امرأته قبل أن يبول ثم بال فخرج بقيَّة المني إنه يجب الغسل ثانيًا.

ثم لم يذكر في الكتاب أن زوج المرأة لو كان عنينًا فحق الخصومة لمن يكون؟ قالوا فهو على هذا الاختلاف المذكور في العزل.

ولو قال لها بعد العدة: كنتُ راجعتكِ في العدَّة فصدقه المولى وكذبته الأمة، أو على

يُخِلُّ بِمَقْصُودِ الوَلَدِ وَهُوَ حَقُّ المَوْلَى فَيُعْتَبَرُ رِضَاهُ وَبِهَذَا فَارَقَتِ الحُرَّةَ (وَإِنْ تَزَوَّجَتْ بِإِذْنِ مَوْلَاهَا ثُمَّ أُعْتِقَتْ فَلَهَا الخِيَارُ حُرًّا كَانَ زَوْجُهَا أَوْ عَبْدًا) لِقَوْلِهِ – عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ – لِبَرِيرَةَ حِينَ عَتَقَتْ «مَلَكْتِ بُضْعَكِ فَاخْتَارِي» فَالتَّعْلِيلُ بِمِلْكِ البُضْعِ صَدَرَ مُطْلَقًا فَيَنْتَظِمُ الفَصْلَيْنِ، وَالشَّافِعِيُّ يُخَالِفُنَا فِيمَا إِذَا كَانَ زَوْجُهَا

العكس بأن كانت صدقت الزوج وكذبهما المولى فالمعتبر قولها، وقالا: القول قول المولى مع الزوج؛ لأن بُضعها مملوك المولى، فهو بتصديق الزوج في الرجعة أقرَّ بالملك له فيما هو خالص حقه فيصح إقراره، كما لو أقرَّ عليها بالنكاح.

وأبو حنيفة رحمه الله يقول: حكم الرجعة يبتني على العدة، والمعتبر في بقاء العدة وانقضائها قولها لا قول مولاها، فكذلك فيما يبتني عليه وهو الرجعة، كذا ذكره الإمام المحبوبي والإمام التمرتاشي رحمهما الله.

قوله: وَإِنْ تَزَوَّجَتْ بِإِذْنِ مَوْلَاهَا ثُمَّ أُعْتِقَتْ فَلَهَا الخِيَارُ، وكذلك إذا زوجها مولاها فلها الخيار إن شاءت أقامت معه وإن شاءت فارقته؛ لما رُوي أن عائشة رضي الله عنها لمَّا أعتقت بريرة فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: «مَلَكْتِ بُضْعَكِ فَاخْتَارِي، وكان زوجها مُغيث يمشي خلفها ويبكي وهي تأباه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لأصحابه: ألا تعجبون من شدَّة حبِّه لها وبغضها له؟ ثم قال لها: اتق الله فإنه زوجك وأبو ولدك، فقالت: أتأمرني يا رسول الله؟ قال: لا إنما أنا شافع، فقالت: إذًا لا حاجة لي إليه، فاختارت نفسها».

قوله: وَالشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ يُخَالِفُنَا فِيمَا إِذَا كَانَ زَوْجُهَا حُرًّا، واستدل الشافعي بما رُوي: «أنه كان لعائشة رضي الله عنها زوجان مملوكان، فأرادت عتقهما وسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك، فأمرها بالبداية بالغلام» قال: وإنما أمرها بذلك كي لا يثبت لها الخيار.

ولكنا نقول: أمرها بذلك لإظهار فضيلة الرجال على النساء؛ فإنَّها لو أعتقتهما معًا عنده لا يثبت الخيار أيضًا، ومن طريق المعنى يقول الشافعي رحمه الله: لمَّا اعترض عليها

حُرًّا وَهُوَ مَحْجُوجٌ بِهِ، وَلِأَنَّهُ يَزْدَادُ المِلْكُ عَلَيْهَا عِنْدَ العِتْقِ فَيَمْلِكُ الزَّوْجُ بَعْدَهُ

الحرية تحقق المساواة بينهما فلا معنى لإثبات الخيار، كالكتابية تحت مسلم إذا أسلمت، أو المعسرة إذا أيسرت والزوج موسر، بخلاف ما إذا كان الزوج عبدًا، فإن باعتراض حريتها هناك تنعدم الكفاءة ويظهر التفاوت، ولكنَّا نقول: ثبوت الخيار لها ليس لانعدام الكفاءة، فإن الكفاءة شرط لابتداء النكاح لا في البقاء، ألا ترى أنه لو أعسر الزوج حتى لم يبق كفؤًا لها، أو أصابت جاهًا أو شرفًا لم يكن لها خيار، ولكن ثبوت الخيار لزيادة ملك الزوج عليها، وفي هذا لا فرق عندنا بين أن يكون حرًّا أو عبدًا، والرواة اختلفوا في زوج بريرة، رُوي أنه كان عبدًا ورُوي أنه كان حرًّا، وأصحابنا رحمهم الله قالوا: ما رُوي أنه كان عبدًا، أي: عند أصل العقد، ولكنه كان حرًّا عند عتقها، ولمَّا تعارضت الروايات في صفة زوجها يجعل كأنه لم يُنقل في ذلك شيء، ويبقى الاعتماد على قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «مَلَكْتِ بُضْعَكِ فَاخْتَارِي»، وفي هذا التعليل لا فرق بين أن يكون الزوج حرًّا أو عبدًا، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلِأَنَّهُ يَزْدَادُ المِلْكُ عَلَيْهَا عِنْدَ العِتْقِ، لأنها كانت تتخلص من زوجها قبل العتق بطلاقين، فبعد الإعتاق لا تتخلص منه إلا بثلاث تطليقات، فزاد ملك الزوج عليها بسبب الإعتاق بتطليقة.

ثم هي لا تملك دفع تلك الزيادة إلا برفع أصل النكاح، فخيّرها الشرع لذلك في رفع أصل النكاح أو إبقائه على ما كان، وتلك الزيادة نصف الملك عليها فلها أن ترد، ولا يمكن ذلك إلا برد الأصل فملكت رد الأصل، كعبد بين اثنين كاتبه أحدهما فللآخر أن يرد الكل؛ لأن له أن يرد نصيبه ولا يمكنه إلا بردِّ الكل، ولهذا لو اختارت نفسها كان فسخًا لا طلاقًا كخيار البلوغ؛ لأن سبب هذا الخيار معنى في جانبها وهو ملكها أمر نفسها، وكل فرقة كانت بسبب من جهة المرأة لا يكون طلاقًا.

فإن قلتَ: هذا التعليل الذي ذكر في الكتاب هو أن ثبوت الخيار لها بسبب ازدياد الملك عليها عند العتق إلى آخره، غير لازم على الشافعي رحمه الله أصلًا وجودًا وعدمًا، أعني وجود كون زوجها حرًّا أو عدمه، أمَّا وجودًا فإنه لا يرى الخيار لها عند الإعتاق إذا كان زوجها حرًّا والكلام فيه، ولا يرى ازدياد الملك عليها، وأمَّا عدمًا فإنه لا يزداد الملك عليها

ثَلَاثَ تَطْلِيقَاتٍ فَتَمْلِكُ رَفْعَ أَصْلِ العَقْدِ دَفْعًا لِلزِّيَادَةِ (وَكَذَلِكَ المُكَاتَبَةُ) يَعْنِي إِذَا تَزَوَّجَتْ بِإِذْنِ مَوْلَاهَا ثُمَّ عَتَقَتْ، وَقَالَ زُفَرُ: لا خِيَارَ لَهَا لِأَنَّ العَقْدَ نَفَذَ عَلَيْهَا

أيضًا إذا كان زوجها عبدًا وإن أعتقت، لما قلنا أنه يرى عدد الطلاق معتبَرًا بحال الرجال على ما يجيء في كتاب الطلاق إن شاء الله تعالى، فالزوج لما كان عبدًا لا يزداد طلاق امرأته عن ثنتين وإن كانت امرأته حرة، فكيف ما دارت القصَّة لا يرد إلزام هذه النكتة عليه، فما وجه إلزامه بهذه النكتة؟

قلتُ: هذا تعليل مسألة مبنيَّة على مسألة أخرى بيننا وبين الشافعي، أعني: أن مسألة خيار العتاقة فيما إذا كان زوجها حرًّا مبنيَّة على مسألة أخرى، وهي أن اعتبار عدد الطلاق معتبر عندنا بحال المرأة، وعنده معتبر بحال الرجل، حتى أن العبد إذا كان تحته حرة ملك الطلقات الثلاث عندنا وعنده التطليقتين، فلما كان كذلك جعل المصنف رحمه الله تلك المسألة المبنى عليها، وهي اعتبارُ عدد الطلاق بحال المرأة بمنزلة المتفق عليها لقيام الدليل على ذلك؛ لأن الثابت بالدليل الظاهر كأنه ثابت إجماعًا لقوة الدليل، فعلى ذلك التقدير يلزم ازدياد الملك عليها عند عتقها لا محالة.

وبهذا الذي قلتُه من دعوى البناء صرح صاحب «الأسرار»، و«الإيضاح» فقال في «الأسرار» بعد ذكر حديث بريرة رضي الله عنها: وأمَّا المعنى فبناء على مسألة أخرى وهي أنَّ من ملك النكاح على الحرة عندنا على الضعف من تلك الأمة فبالعتق يزدادُ عليها نصف الملك.

فإن قيل: هذا البناء لا يستقيم، بل الخيار لها باعتبار أن المولى كان وليّها عند التزويج وهو غير الأب والجد، فإذا ملكت نفسها بالإعتاق اختارت نفسها، كما إذا زوَّج الصغيرة أخوها أو عمها ثم بلغت فلها خيار البلوغ.

قلنا: المولى تصرف فيها بحكم أنه مالك لا أنه ولي عليها على سبيل النيابة عنها، ألا ترى أن المهر له لا لها، والتصرف بمعنى الملك يقع لازمًا، كذا ذكر السؤال والجواب في «الأسرار».

قوله: وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ: لا خِيَارَ لَهَا، لأن ثبوت الخيار في الأمة لنفوذ العقد بغير رضاها، وسلامة المهر لمولاها، وهذا غير موجود هاهنا؛ فإن المهر لها والنكاح ما نفذ

بِرِضَاهَا وَكَانَ المَهْرُ لَهَا فَلَا مَعْنَى لِإِثْبَاتِ الخِيَارِ، بِخِلَافِ الأَمَةِ لِأَنَّهُ لا يُعْتَبَرُ رِضَاهَا، وَلَنَا أَنَّ العِلَّةَ ازْدِيَادُ المِلْكِ وَقَدْ وَجَدْنَاهَا فِي المُكَاتَبَةِ لِأَنَّ عِدَّتَهَا قُرْءَانِ وَطَلَاقَهَا ثِنْتَانِ (وَإِنْ تَزَوَّجَتْ أَمَةٌ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهَا ثُمَّ أُعْتِقَتْ صَحَّ النِّكَاحُ) لِأَنَّهَا

إلا برضاها، وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: إن أعانها على أداء بدل الكتابة لا خيار لها، وإن لم يعنها فلها الخيار، ولكن الصحيح الموافق لتعليل صاحب الشرع ما بيَّنا.

ولو كانت حرة في أصل العقد ثم صارت أمة ثم عتقت، بأن ارتد رجل وامرأة ولحقا بدار الحرب معًا ثم سبيا معًا فاعتقت الأمة فلها الخيار عند أبي يوسف رحمه الله، ولا خيار لها عند محمد رحمه الله؛ لأن بأصل العقد ثبت عليها ملك كامل برضاها، ثم انتقص الملك بعارض الرقّ، فإذا أعتقت عاد الملك إلى أصله كما كان فلا يثبت لها الخيار، وأبو يوسف رحمه الله يقول: بالعتق ملكت أمر نفسها، وازداد ملك الزوج عليها وذلك يثبت الخيار لها شرعًا، ولمَّا صارت أمة حقيقة التحقت بالتي كانت أمة في الأصل في حكم النكاح، فيثبت لها الخيار بالعتق، كذا في «المبسوط».

قوله: وَإِنْ تَزَوَّجَتْ أَمَةٌ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهَا ثُمَّ أُعْتِقَتْ صَحَّ النِّكَاحُ، والحكم في العبد كذلك، فإن العبد إذا تزوج حرة بغير إذن مولاه ثم أعتقه المولى جاز النكاح، وكذلك لو باعه فأجازه المشتري، كذا في «المبسوط».

وعلل بهذه العلة التي علل بها في الأمة، فبعد ذلك كان تخصيص الأمة في الكتاب جاز أن يكون لبناء المسألة التي تليها عليها، وهي المسألة المتعلقة بالمهر، وهي إنما تتأتى في حق الأمة لا غير، وذكر في «الفوائد الظهيريَّة»: إنما خصَّها بالأمة لتفريع مسألة الخيار، والخيار يختص بالإماء دون العبيد، ولكن هاهنا ذكر مسألة الخيار قبل هذا، فكان تخصيصها بالأمة لما قلتُ، والله أعلم.

قوله: ثُمَّ أُعْتِقَتْ صَحَّ النِّكَاحُ؛ لِأَنَّهَا مِنْ أَهْلِ العِبَارَةِ، فإن قلتَ: يشكل هذا بالشراء فإنها إذا اشتريت ثم أعتقها المولى فإن الشراء يبطل.

قلتُ: إنما كان كذلك لأن الشراء انعقد مُوجبًا للملك للمولى حين اشترت، فلو نفذ

مِنْ أَهْلِ العِبَارَةِ وَامْتِنَاعُ النُّفُوذِ لِحَقِّ المَوْلَى وَقَدْ زَالَ (وَلا خِيَارَ لَهَا)؛ لِأَنَّ النُّفُوذَ

بعد عتقها كان موجبًا للملك لها فيُعتبر حكم من له الحق، وأمَّا هاهنا فانعقد العقد موجبا الحل لها ابتداءً وانتهاءً.

قوله: وَامْتِنَاعُ النُّفُوذِ لِحَقِّ المَوْلَى وَقَدْ زَالَ، فإن قيل: يرد على هذا الأصل من النقوض:

(١) منها: أن العبد إذا تزوج بغير إذن مولاه ثم أذن له المولى في النكاح، لا يجوز له النكاح المباشر بدون الإجازة.

(٢) ومنها: أن الفضوليّ إذا زوّج رجلًا امرأة ثم وكله الزوج بالنكاح، لا يجوز النكاح المباشر بدون الإجازة.

(٣) ومنها: أن الصغيرة إذا كان لها وليان، أحدهما أقرب والآخر أبعد، فزوَّجها الأبعد حال قيام الأقرب، فإن مات الأقرب أو غاب غيبة منقطعة حتى تحولت الولاية إلى الأبعد لا يجوز إلا بإجازة مستأنفة.

(٤) ومنها: أن المولى إذا زوج مكاتبته الصغيرة من إنسان يوقف النكاح على إجازتها، فإن أدت وأعتقت لا يجوز ذلك النكاح إلا بإجازة مستقبلة.

قلنا: أمَّا الجواب عن الأول فإن الإذن فك الحجر عن التصرف، ولو جاز النكاحُ المباشر قبل الإذن لا يقع الإذن فكًّا فيمتنع الجواز، وقضيَّة هذا أن لا يجوز بإجازة مستقبلة قياسًا، إلا أنا استحسنا وقلنا بالجواز عند الإجازة لقيام الإجازة مقام النكاح كما في نكاح الفضولي، وهكذا نقول في الوكيل.

وأمَّا الجواب عن الثالث فإن الأبعد حين باشر لم يكن وليًّا، ومن لم يكن وليًّا في شيء لا يتأتى في عواقبه بل يتوانى في ذلك اتكالًا على رأي الأقرب، فلم يكن النكاح على الوجه الأصلح فيجب توقيفه على إجازته بعد صيرورته وليًّا، تمكينًا له من اكتساب أصلح النكاحين، وبهذا الحرف يقع الانفصال عن النقض الرابع، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: وَلا خِيَارَ لَهَا؛ لِأَنَّ النُّفُوذَ بَعْدَ العِتْقِ، وخيار العتق إنَّما شرع في نكاح نافذ قبل العتق لدفع زيادة ملك يثبت بعد العتق، والنكاح هُنا نفذ بعد العتق.

بَعْدَ العِتْقِ فَلَا تَتَحَقَّقُ زِيَادَةُ المِلْكِ، كَمَا إِذَا زَوَّجَتْ نَفْسَهَا بَعْدَ العِتْقِ.

(فَإِنْ كَانَتْ تَزَوَّجَتْ بِغَيْرِ إِذْنِهِ عَلَى أَلْفٍ وَمَهْرُ مِثْلِهَا مِائَةٌ فَدَخَلَ بِهَا زَوْجُهَا ثُمَّ أَعْتَقَهَا مَوْلَاهَا فَالمَهْرُ لِلْمَوْلَى) لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى مَنَافِعَ مَمْلُوكَةً لِلْمَوْلَى (وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا حَتَّى أَعْتَقَهَا فَالمَهْرُ لَهَا) لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى مَنَافِعَ مَمْلُوكَةً لَهَا، وَالمُرَادُ بِالمَهْرِ الأَلْفُ المُسَمَّى لِأَنَّ نَفَاذَ العَقْدِ بِالعِتْقِ اسْتَنَدَ إِلَى وَقْتِ وُجُودِ العَقْدِ فَصَحَّتِ التَّسْمِيَةُ

قوله: فَإِنْ كَانَتْ تَزَوَّجَتْ بِغَيْرِ إِذْنِهِ عَلَى أَلْفٍ وَمَهْرُ مِثْلِهَا مِائَةٌ فَدَخَلَ بِهَا زَوْجُهَا، إلى آخره، فالمسمَّى بمنزلة الثمن، ومهر المثل بمنزلة القيمة، ثم إنما قيَّد في صورة المسألة بأن المسمى ألف ومهر المثل مائة، ليُعلم أن المسمَّى وإن زاد على مهر المثل فهو للمولى إذا كان الدخول قبل العتق، وكان ينبغي أن يكون ما يُوازي مهر المثل للمولى وما زاد فللمرأة؛ لما أن مهر المثل قيمة البضع من كل وجه دون الزائد عليه، والبضع ملك المولى فكان قيمته له لا الزائد على قيمة ملكه، وجوابه ما ذكر في الكتاب.

قوله: لِأَنَّ نَفَاذَ العَقْدِ بِالعِتْقِ اسْتَنَدَ إِلَى وَقْتِ وُجُودِ العَقْدِ، فإن قيل: كيف يستند الجواز إلى العقد والمانع من الاستناد قائم؛ لأن الملك مانع من الجواز، وبالعتق يزول الملك مقصودًا عليه فيمتنع الاستناد باعتبار هذا المانع، والدليل على صحة هذا ما إذا حرمت هذه الأمة حرمةً غليظةً على زوج كان لها قبل ذلك والمسألة بحالها، لا تحل لزوجها الأول باعتبار أن العقد فيه غير معتبر في حق هذا الدخول الذي كان قبل العتق.

قلنا: ما ذكرته قياس، فإن القياس هو أن يلزمه مهران، مهر بالدخول قبل نفاذ النكاح وذلك مهر المثل، ومهر بالنكاح وهو المسمى، وفي الاستحسان يلزمه مهر واحد وهو المسمى وقت العقد؛ لأنه لو وجب مهر بالدخول لوجب بحكم العقد، إذ لولاه لوجب الحد فكان المهر واجبًا بالدخول مضافًا إلى العقد، فإيجاب مهر آخر بالعقد جمع بين المهرين بعقدٍ واحدٍ وذلك ممتنع.

يُوضحه: أن العبد إذا تزوج امرأة بغير إذن المولى ودخل بها، يجب المهر ويؤخذ

وَوَجَبَ الْمُسَمَّى، وَلِهَذَا لَمْ يَجِبْ مَهْرٌ آخَرُ بِالوَطْءِ فِي نِكَاحٍ مَوْقُوفٍ لِأَنَّ العَقْدَ قَدِ اتَّحَدَ بِاسْتِنَادِ النَّفَاذِ فَلَا يُوجِبُ إِلَّا مَهْرًا وَاحِدًا.

منه بعد العتق، ولو كان المهرُ واجبًا بالدخول لا غيرُ وجب أن يؤخذ به في الحال؛ لأن العبد المحجور مؤاخذ بضمان الفعل في الحال دون ضمان القول، وإذا كان كذلك فقد أمكن القول بالاستناد؛ لأن المقتضِيَ بجواز النكاح موجود، وهو صدور الركن من أهله مضافًا إلى محله، وامتناع الجواز للحاجة إلى التصوّن عن الإضرار بالمولى، فمتى أعتقه المولى فقد خلا هذا النكاح عن الإضرار بالمولى من وقت وجوده، فيثبت الجواز من وقت وجوده عملًا بالمقتضي.

ونظير هذا ما قالوه في الإجارات: العبد المحجورُ عليه إذا آجر نفسه في عمل من الأعمال، توقف جوازه إلى إجازة المولى، ثمَّ لما سلم من العمل يجوز العقدُ ويجبُ المسمى هكذا هنا، وامتناع حلها على زوجها الأول إنما كان لأن الاستناد يظهر في القائم لا في المتلاشي، والمستوفي بالوطء متلاش، ولهذا قلنا أن الواهب إذا وهب جاريةً ووطئها الموهوب له مرارًا، ثم ارتجعها الواهبُ لا يجب العقد على الموهوب له، وإن كان الرجوع في الهبة فسخًا لها من الأصل؛ لما عُرف في زكاة «الجامع».

فإن قيل: دعوى الاستناد ينتقض بالمسألة الثالثة وهي قوله: وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا حَتَّى أَعْتَقَهَا فَالمَهْرُ لَهَا، ولو استند الجواز إلى أصل العقد يجبُ أن يكون المهر للمولى، كما لو تزوجهت بإذن المولى ولم يدخل بها الزوج حتى أعتقها.

قلنا: إن حكم الاستناد يظهر فيما لا يختلف مستحقه لا فيما يختلف، وهاهُنا يختلف؛ لأن المستحق زمان الثبوت هو الأمة، وزمان العقد هو المولى، ولمَّا كان المستحق زمان الثبوت هو الأمة امتنع استناد هذا الاستحقاق إلى زمان العقد؛ لأنه لو استند هذا الاستحقاق إلى زمان العقد يبطل هذا الاستحقاق زمان الثبوت، فيبطل الاستناد من حيث يثبت، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

وذكر في «مبسوط فخر الإسلام» رحمه الله هذا السؤال فقال: فإن قالوا: حكم النفاد

(وَمَنْ وَطِئَ أَمَةَ ابْنِهِ فَوَلَدَتْ مِنْهُ فَهِيَ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ وَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا وَلا مَهْرَ عَلَيْهِ) وَمَعْنَى المَسْأَلَةِ أَنْ يَدَّعِيَهُ الأَبُ، وَوَجْهُهُ أَنَّ لَهُ وِلايَةَ تَمَلُّكِ مَالِ ابْنِهِ لِلْحَاجَةِ إِلَى البَقَاءِ فَلَهُ تَمَلُّكُ جَارِيَتِهِ لِلْحَاجَةِ إِلَى صِيَانَةِ المَاءِ، غَيْرَ أَنَّ الحَاجَةَ إِلَى إِبْقَاءِ نَسْلِهِ

لا يظهر في المستوفي؛ لأنه معدوم والاستناد إنما يظهر في الموجود لا في المعدوم، قلنا: بل يظهر هنا؛ لأن المستوفى له حكم الأعيان عندنا، أو يقال: أظهرنا حكم الإذن في البضع وهو موجود، وما ورد الاستيفاء إلا في بضع واحد فيجب عليه بدل واحد.

فإن قلتَ: يشكل على ما ذكر من جواب الاستحسان مسألة من قال لأجنبيَّة: إن تزوجتك فأنتِ طالق، فتزوجها ودخل بها طلقت، وعليه نصف المسمى بالطلاق قبل الدخول بحكم العقد، ومهر بالدخول بعد الطلاق بالحنث.

قلتُ: كمال المهر هناك إنما وجب بسبب سقوط الحد باعتبار الشبهة، ونصف المهر بسبب العقد بالحنث في يمينه، فلمَّا اختلف السببان قلنا يجب مهر ونصف مهرٍ بحيال كل واحد من السببين، بخلاف ما نحن فيه؛ فإنه لو وجب المهران هنا لكان الوجوب مستندًا إلى عقد النكاح، وإلا وجب الحد والعقد الواحد لا يوجب مهرين، إلى هذا أشار الإمام المحبوبي.

قوله: وَوَجْهُهُ أَنَّ لَهُ وِلايَةَ تَمَلُّكِ مَالِ ابْنِهِ لِلْحَاجَةِ إِلَى البَقَاءِ؛ لأن الشرع أضاف مال الولد إلى الأب؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «أنت ومالك لأبيك» كبيرًا كان الابن أو صغيرًا، أو جارية ابنه من ماله، فكان للأب أن يستولدها ويثبت نسبُ هذا الولد إذا ادَّعاه الأبُ صدَّقه الابن في ذلك أو كذبه؛ لأن في إثبات نسب الولد منه إبقاؤه معنًى، والشرع أثبت له ولاية الإنفاق على نفسه من مال ولده بغير شيء، لحاجته إلى إبقاء نفسه حاجةً أصليةً فلا يُوجب عليه العوض، وحاجته إلى إبقاء نسله دون ذلك فيكون معتبَرًا به في أصل التمليك، فلذلك كان متملكـًا للجارية، مقابلًا بالقيمة، سابقـًا على الاستيلاد، وباعتبار صلاحية التملك قلنا: لو وطئ جارية ابنه وقال: علمتُ أنَّها عليَّ حرام، لا يحد، بخلاف الابن.

أو نقول: أن حاجته إلى تملك الجارية ليست بكاملة؛ لأنَّها غير ضرورية، ألا ترى أن الابن لا يُجبر على أن يعطي أباه جاريةً ليستولدها، ولا يحل للاب أن يطأها راغبًا في استيلادها،

دُونَهَا إِلَى إِبْقَاءِ نَفْسِهِ، فَلِهَذَا يَتَمَلَّكُ الجَارِيَةَ بِالقِيمَةِ وَالطَّعَامَ بِغَيْرِ قِيمَةٍ، ثُمَّ هَذَا المِلْكُ يَثْبُتُ قُبَيْلَ الِاسْتِيلَادِ شَرْطًا لَهُ؛

فلقيام الحاجة أثبتنا له التملك ولعدم الضرورة أوجبنا القيمة صيانةً لمال الولد.

قوله: ثُمَّ هَذَا المِلْكُ يَثْبُتُ قُبَيْلَ الِاسْتِيلَادِ شَرْطًا لَهُ، أي: شرطاً للاستيلاد، بيان هذا هو أنا أجمعنا من غير خلاف بيننا وبين زفر والشافعي رحمهما الله أن استيلاد الأب جارية الابن صحيح، حتى يثبت النسب إذا ادَّعاه بالإجماع وتصير الجارية أمَّ ولد له، والاستيلاد لا يصحّ إلا في الملك كما في جاريته القنَّة، أو في حقِّ الملك كما في مكاتبته، والجارية المشتركة بينه وبين آخر؛ وذلك لأن النسب لا يثبت إلا بالفراش لقوله عليه الصلاة والسلام: «الولدُ للفراش»، أي: لصاحب الفراش، والمرأ إنما يصير صاحب الفراش بملك اليمين، أو بملك النكاح، وليس هاهُنا ملك النكاح والكلام فيه، فكان الثابت فيه ملك اليمين، وليس للأب ملك في مال ولده قبل الوطء، فيثبت الملك بمقتضى الاستيلاد سابقاً عليه شرطاً لصحته؛ وهذا لأنا أجمعنا على ثبوت الملك للأب في جارية الابن، فبعد ذلك وقع الاختلاف بيننا وبين الشافعي رحمه الله في تاريخ الملك، فعنده يثبت الملك بصفة التأخير، وعندنا يثبت الملك بصفة التقدم، والقول بالتقدم أولى صيانةً لفعله عن الحرمة وصيانةً للولد على الرق، فلما لاقي وطية ملكه بهذا الطريق لم يجب العُقر.

فإن قيل: فمن العجب أن الجارية إذا كانت مشتركة بين الأب والابن وولدت، فادَّعاه الأب يثبت النسب ويجب العقر إجماعًا مع نوع ملك له، ولا يجب فيما نحن فيه مع أنه لا ملك للأب فيها أصلًا، ووجوب العقر في تلك المسألة يدل على أن الملك لم يثبت سابقًا على الوطء كما قاله زفر والشافعي رحمهما الله، فلما لم يثبت الملك هناك لم يثبت هنا بالطريق الأولى، وكذلك أن الأب إذا وطئها وطياً غير مُعْلَقٍ يجب العقر، وكذلك إذا وطئ جارية ابنه ثمَّ قذفه إنسان لا يحد، ولو كان الملك ثابتًا بوصف التقدم لما وجب العقر من المسألتين، ولوجب الحد في المسألة الثالثة.

قلنا: أمَّا الفرق بين هذه المسألة وبين المسألة الأولى أن الحاجة إلى إثبات الملك

إِذِ المُصَحِّحُ حَقِيقَةُ المِلْكِ أَوْ حَقُّهُ، وَكُلُّ ذَلِكَ غَيْرُ ثَابِتٍ لِلْأَبِ فِيهَا

بوصف التقدم هاهنا أمسّ؛ لأن الملك لو لم يثبت بهذا الوصف لكان الوطء مُصادفـًا للمحل الخالي عن أحد الملكين، وفيما إذا كانت مشتركة بينهما لم يصادف الوطء المحل الخالي عن أحد الملكين لاشتماله على أحد الملكين.

وأمّا المسألة الثانية فلا يرد نقضـًا؛ لأن الملك غير ثابت فيها لا بوصف التقدم ولا بوصف التأخر، فلا يستويان في الحاجة إلى إثبات الملك بصفة التقدم؛ لما أن إثبات الملك بصفة التقدم كان لصيانة فعله عن الحرمة وصيانة الولد عن الرق، وهذا المجموع لا يتأتى هاهنا.

وأمّا المسألة الثانية؛ فلأن الملك بوصف التقدم مجتهد فيه فيكون الوطء حرامًا عند البعض، فيتمكّن فيه شبهة وبالشبهة تدرأ الحدود، إلى هذا أشار في «الفوائد»، و«الجامع الصغير» للمحبوبي رحمه الله.

قوله: ثُمَّ هَذَا المِلْكُ يَثْبُتُ قُبَيْلَ الِاسْتِيلَادِ شَرْطًا لَهُ، أي: لتصحيح الاستيلاد.

فإن قلتَ: ليس له نظير في الشرع؛ لما أن الملك للأب يثبت بسبب العلوق لما مرَّ أن الملك لا يثبت في الوطء الذي لا علوق فيه، فكان الملك حكمـًا للعلوق لا محالة، وحكم الشيء إن لم يتعقبه على ما هو الأصح من المذهب فلا يسبقه، فكيف يسبق هاهنا؟ والقول بتقدم الحكم قول بما لا نظير له في الشرع.

قلتُ: بل له نظير لكن لا على تقدم الحكم على السبب، وهو جميع مسائل المقتضي كما في قوله: أعتق عبدك عني بألف درهم، على ما يجيء فيثبت التمليك سابقـًا على الإعتاق؛ لأن التمليك شرط لصحة الإعتاق عن الآمر، والكلام في الحقيقة بيننا وبين الخصم راجع إلى أن ثبوت الملك للأب شرط للاستيلاد أو حكم له، قلنا إنه شرطٌ استدلالًا بدلالة الإجماع؛ فإن الإجماع منعقد بيننا وبين الخصوم أن استيلاد الأب صحيحٌ في جارية الولد، ومن شرط صحة الاستيلاد وقوع الوطء في الملك، حتى إذا خلا عن الملك أصلًا لا يثبت الاستيلاد كما في جارية الأجنبي، فلما ثبت كونه شرطـًا يثبت متقدمًا؛ لأن الشرط أبدًا يتقدم على الحكم، وكان هذا نظير ما قلنا في السرقة في انتقال العصمة، فإنا نقول: انتقلت العصمة

حَتَّى يَجُوزَ لَهُ التَّزَوُّجُ بِهَا فَلَا بُدَّ مِنْ تَقْدِيمِهِ فَتَبَيَّنَ أَنَّ الوَطْءَ يُلَاقِي مِلْكَهُ فَلَا يَلْزَمُهُ العُقْرُ، وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ: يَجِبُ المَهْرُ لِأَنَّهُمَا يُثْبِتَانِ المِلْكَ حُكْمًا لِلاسْتِيلَادِ كَمَا فِي الجَارِيَةِ المُشْتَرَكَةِ وَحُكْمُ الشَّيْءِ يَعْقُبُهُ وَالمَسْأَلَةُ مَعْرُوفَةٌ.

من العبد إلى الله تعالى قبل السرقة، استدلالًا بقوله تعالى: ﴿جَزَآءَۢ بِمَا كَسَبَا نَكَٰلٗا مِّنَ ٱللَّهِۗ﴾ [المائدة: ٣٨]، ليكون جزاء الله تعالى بالقطع على مقابلة جناية وقعت في عصمة الله تعالى على الخلوص لما عرف.

وأمَّا قوله: أن الملك لا يثبت بالوطء الذي لا علوق فيه، فلما قلنا أن ثبوت الملك للأب لضرورة ثبوت نسبه لبقاء نسله، وفيما لا علوق لا ضرورة فلا يثبت الملك لا شرطًا ولا حكمًا؛ لأن الثابت بالضرورة يتقدَّر بقدر الضرورة.

قوله: حَتَّى يَجُوزَ لَهُ التَّزَوُّجُ بِهَا، أي: يجوز للأب التزوج بجارية الابن، هذا نتيجة عدم حقيقة الملك وعدم حق الملك؛ إذ لو كان واحدٌ منهما لا يجوز التزوج بها كما في مملوكته ومكاتبته على ما قلنا، وهذا الحكم أعني جواز التزوج للأب مذهبنا، فصار كأنه قال: إن للأب حق التملك لقوله عليه الصلاة والسلام: «أنت ومالك لأبيك» لا حق الملك ولا حقيقته عندنا، والدليل على أن المذهبَ هذا عندنا جوازُ حِل التزوج، ولكن لم يذكر دليل عدم حقيقة الملك وحقه لظهوره، إذ الفايز بالحكم هو الفايز بالسبب، والفايز بالسبب هو الابن لا الأبُ، فكذلك كان هو فائزًا بالحكم حتى حل للابن وطئها.

ثم ذكر الإمام المحبوبي رحمه الله حرمة الوطء، أي: حرمة وطء جارية ولده فقال: هو قول أكثرُ العلماء، وقال ابن أبي ليلى: لا بأس للرجل أن يطأ جارية ابنه إذا احتاج إليه، وهو مذهب أنس بن مالك رضي الله عنه، ولكن الصحيح قول الأكثر لما قلنا.

وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله: هذا إذا كان الأب حرًّا مسلمًا، وأما إذا كان عبدًا، أو مكاتبًا، أو كافرًا لم تجز دعوته لعدم الولاية، والجدُّ كالأب عند عدمه، فأمَّا أب الأُمّ فلا؛ لأنه لا ولاية له بحال.

قَالَ: (وَلَوْ كَانَ الِابْنُ زَوَّجَهَا إِيَّاهُ فَوَلَدَتْ مِنْهُ لَمْ تَصِرْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ وَلا قِيمَةَ عَلَيْهِ وَعَلَيْهِ المَهْرُ وَوَلَدُهَا حُرٌّ) لِأَنَّهُ صَحَّ التَّزَوُّجُ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ لِخُلُوِّهَا عَنْ مِلْكِ الأَبِ، أَلَا يَرَى أَنَّ الِابْنَ مَلَكَهَا مِنْ كُلِّ وَجْهٍ فَمِنَ المُحَالِ أَنْ يَمْلِكَهَا الأَبُ مِنْ وَجْهٍ،

قوله: لِأَنَّهُ صَحَّ التَّزَوُّجُ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ، فوجه قوله أن للأب حق التمليك في مال ولده، حتى لو وطئ جارية ابنه مع علمه بحرمتها لا يلزمه الحد فلا يجوز له أن يتزوجها، كالمولى إذا تزوج الأمة من كسب مكاتبه؛ لأن حق الملك في مال ولده أظهر، ألا ترى أن الاستيلاد في جارية الابن صحيح، واستيلاد المولى أمة مكاتبه لا يصح.

ولكنا نقول: ليس في جارية ولده ملك ولا حق ملك، فيجوز له أن يتزوجها كأمة أبيه وأخيه؛ وإنما قلنا ذلك لأنه يحل للابن أن يطأ جاريته بالاتفاق، ولو كان لأبيه فيها حق ملك لم يحل له وطئها كالمكاتب، فإنه لا يحل له أن يطأ أمته لما كان للمولى فيها حق الملك، فأمَّا سقوط الحد فليس لقيام حق الملك له في الجارية، ولكن لظاهر الإضافة في قوله عليه الصلاة والسلام: «أنت ومالك لأبيك»، وهذا الظاهرُ وإن لم يكن معمولًا به في إيجاب ملك أو حق ملك له فيها، يصير شبهة في إسقاط الحد كالبيع بشرط الخيار لا يُوجب الملك ولا حق الملك للمشتري ثم يسقط الحد به، وكذلك العقدُ الفاسد من نكاح أو بيع قبل القبض، ولا تصير أم ولد له، وهذا عندنا، وقال زفر رحمه الله: تصير أم ولد له، وكذلك لو استولدها بنكاح فاسد ووطء شبهة لا تصير أم ولد له، خلافـًا لزفر رحمه الله، وحجته أنه لو استولدها بفجور صارت أم ولد له، فإذا استولدها بنكاح أو شبهة نكاح أولى أن تصير أم ولد له.

ولكنَّا نقول: إذا استولدها بغير شبهة يصير متملكـًا لها لحاجته إلى ذلك، كي لا يضيع ماؤه فإن إثبات النسب منه غير ممكن بدون التملك؛ لأنه ليس له فيها ملك ولا حق ملك، فإذا تملكها سابقًا على الاستيلاد كان استيلاده في ملك نفسه، فلهذا صارت أم ولدٍ له، وهاهنا هو غير محتاج إلى تملكها لإثبات النسب، بل النكاح أو شبهة النكاح يكفي لذلك فلا يصر متملكـًا فلهذا لا تصير أم ولدٍ له، كذا في «المبسوط».

وَكَذَا يَمْلِكُ مِنَ التَّصَرُّفَاتِ مَا لا يَبْقَى مَعَهُ مِلْكُ الأَبِ لَوْ كَانَ، فَدَلَّ ذَلِكَ عَلَى انْتِفَاءِ مِلْكِهِ إِلَّا أَنَّهُ يَسْقُطُ الحَدُّ لِلشُّبْهَةِ، فَإِذَا جَازَ النِّكَاحُ صَارَ مَاؤُهُ مَصُونًا بِهِ فَلَمْ يَثْبُتْ مِلْكُ اليَمِينِ فَلَا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ، وَلا قِيمَةَ عَلَيْهِ فِيهَا وَلا فِي وَلَدِهَا لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهُمَا، وَعَلَيْهِ المَهْرُ لِالتِزَامِهِ بِالنِّكَاحِ وَوَلَدُهَا حُرٌّ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ أَخُوهُ فَيُعْتَقُ عَلَيْهِ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَتِ الحُرَّةُ تَحْتَ عَبْدٍ فَقَالَتْ لِمَوْلاهُ أَعْتِقْهُ عَنِّي بِألفٍ فَفَعَلَ فَسَدَ النِّكَاحُ) وَقَالَ زُفَرُ - رَحِمَهُ اللهُ -: لا يَفْسُدُ، وَأَصْلُهُ أَنْ يَقَعَ العِتْقُ عَنِ الآمِرِ عِنْدَنَا حَتَّى يَكُونَ الوَلاءُ لَهُ، وَلَوْ نَوَى بِهِ الكَفَّارَةَ يَخْرُجُ عَنْ عُهْدَتِهَا، وَعِنْدَهُ يَقَعُ عَنِ المَأْمُورِ لِأَنَّهُ طَلَبَ أَنْ يُعْتِقَ المَأْمُورُ عَبْدَهُ عَنْهُ، وَهَذَا مُحَالٌ لِأَنَّهُ لا عِتْقَ فِيمَا لا يَمْلِكُ ابْنُ آدَمَ فَلَمْ يَصِحَّ الطَّلَبُ فَيَقَعُ العِتْقُ عَنِ المَأْمُورِ، وَلَنَا أَنَّهُ أَمْكَنَ تَصْحِيحُهُ بِتَقْدِيمِ المِلْكِ بِطَرِيقِ الاقْتِضَاءِ إِذِ المِلْكُ شَرْطٌ لِصِحَّةِ العِتْقِ عَنْهُ فَيَصِيرُ قَوْلُهُ أَعْتِقْ طَلَبُ التَّمْلِيكِ مِنْهُ بِالأَلْفِ ثُمَّ أَمْرَهُ بِإِعْتَاقِ عَبْدِ الآمِرِ عَنْهُ، وَقَوْلُهُ أَعْتَقْتُ تَمْلِيكٌ مِنْهُ

قوله: وَكَذَا يَمْلِكُ مِنَ التَّصَرُّفَاتِ مَا لا يَبْقَى مَعَهُ مِلْكُ الأَبِ، كالبيع والهبة.

قوله: لِصِحَّةِ العِتْقِ عَنْهُ - أي: عن الآمر - فَيَصِيرُ قَوْلُهُ: أَعْتِقْ طَلَبُ التَّمْلِيكِ مِنْهُ، أي: من المولى، **فقوله:** مِنْهُ، صلة طلب لا التمليك.

قوله: طَلَبُ التَّمْلِيكِ مِنْهُ بِالأَلْفِ ثُمَّ أَمْرَهُ بِإِعْتَاقِ عَبْدِ الآمِرِ عَنْهُ، **فقوله:** طَلَبُ التَّمْلِيكِ مِنْهُ ... ثُمَّ أَمْرَهُ، كلاهما على لفظ المصدر المضاف، لا على لفظ الماضي.

فوجه قولنا أن إيجاب الحكم الشرعي يتضمن تقديمَ مقتضاه تصحيحًا له، كرجل يقول لامرأته وقد دخل بها: اعتدي، إذا نوى الطلاق صحَّ؛ لأنه لا صحة لاعتدادها إلا بتقديمه فوجب تقديمه.

ثُمَّ الإِعْتَاقُ عَنْهُ، وَإِذَا ثَبَتَ المِلْكُ لِلآمِرِ فَسَدَ النِّكَاحُ لِلتَّنَافِي بَيْنَ المِلْكَيْنِ.
(وَلَوْ قَالَتْ أَعْتِقْهُ عَنِّي وَلَمْ تُسَمِّ مَالًا لَمْ يَفْسُدِ النِّكَاحُ وَالوَلَاءُ لِلْمُعْتِقِ) وَهَذَا عِنْدَ

فإن قلتَ: إذا صرح بالمقتضي وهو التمليك لا يصح العتق من الآمر بل يقع عن المأمور، ذكره في «التقويم»، فلا يكون مقتضاه أقوى من تصريحه.

قلتُ: كم من شيء يثبت ضمنًا ولا يثبت قصدًا، كبيع الأجنة في أرحام الأُمَّهات فإنه يثبت ضمنًا وإن كان لا يثبت قصدًا، وكذلك الحكم في جنين الأضحية، والجنديّ يصير مقيمًا بإقامة السلطان في المصر وإن كان الجندي في المفازة.

قوله: وَإِذَا ثَبَتَ المِلْكُ لِلآمِرِ فَسَدَ النِّكَاحُ لِلتَّنَافِي، على ما مرَّ.

فإن قيل: وجبَ أن لا يبطل النكاح هاهنا وإن ثبت ملك اليمين لوجهين:

أحدهما: أن الملك ثابت هُنا بطريق الاقتضاء، والحكم الثابت بطريق الاقتضاء ثابت بطريق الضرورة؛ لأنه لا عموم للمقتضَى فأثبتنا التمليك ضرورة صحة العتق، فلا يثبت الملك فيما وراء صحة العتق وفساد النكاح ما وراء العتق، فيجبُ أن يجعل الملك عدمًا في حقه، وإلا يلزم تعميم المقتضى، وعن هذا قلنا: لا يصح نية الثلاث في قوله: اعتدي، وفي قوله: أنت طالق لما عُرف.

والثاني: أن الملك هاهنا كما يثبت يزول حكمًا للإعتاق، ومثل هذا الملك لا يفسد النكاح كالوكيل إذا اشترى منكوحته لا يفسد النكاح؛ لأن الملك كما يثبت يزول.

قلنا: نعم أن المقتضَى لا عموم له، وأن فساد النكاح أمرٌ وراء العتق ولكن من ضروراته ولوازمه، فإنه أينما يثبت الملك يثبت فساد النكاح، فلا يكون هذا من تعميم المقتضي، بل هو من قبيل إثبات المقتضي بلوازمه، والمقتضي إذا ثبتَ ثبت ما هو من لوازمه، ألا ترى أن من قال لصغير له أم معروفة: هذا ولدي، ثم جاءت أمه بعد موت المدعي وصدقته وادعت ميراثها عنه بالنكاح فإنه يقضى لها بالميراث، ولا شك أن ثبوت النكاح هاهُنا لثبوت ضرورة النسب منه مقتضي، ثمَّ ظهر أثر ذلك النكاح في استحقاق الميراث والميراث أمر وراء صحة

أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: هَذَا وَالأَوَّلُ سَوَاءٌ لِأَنَّهُ يُقَدِّمُ التَّمْلِيكَ بِغَيْرِ عِوَضٍ تَصْحِيحًا لِتَصَرُّفِهِ، وَيَسْقُطُ اعْتِبَارُ القَبْضِ كَمَا إِذَا كَانَ عَلَيْهِ كَفَّارَةُ ظِهَارٍ فَأَمَرَ غَيْرَهُ أَنْ يُطْعِمَ عَنْهُ.

النسب، ولكن من حيث الظاهر أن النكاح أينما ثبتَ ثبت موجبًا للميراث، مع أن النكاح متصور في الجملة أن لا يكون موجبًا للإرث، كما إذا تزوج المسلم كتابية، فلأن يثبت فساد النكاح هاهنا؛ لما أنه لم يوجد الملك غير مفسد للنكاح في صورة مَّا بالطريق الأولى.

وأمَّا الجواب عن الثاني ففيه منع وتسليم، أما المنع فهو أنه لا نسلم أن الملك يثبت للوكيل ثم يثبت للموكل، فإنَّ المشايخ اختلفوا فيه، والأصح أنه يثبت للموكل ابتداءً، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي، وأبي طاهر الدبَّاس رحمهما الله، كذا ذكره في وكالة «التتمَّة»، فحينئذٍ لا يتجه علينا نقضًا.

وأمَّا التسليم فهو أنا سلمنا أنه يثبت الملك للوكيل أوَّلًا ثم ينتقل إلى الموكل، ولكن الفرق بينهما هو أن الملك متى ثبت في المحل على هذا الوجه إن تعلق به حق غيره زمان الثبوت لا يفسد به النكاح، وإن لم يتعلق به حق غيره يفسد، وفيما نحن فيه لم يتعلق به حق غيره، وفي شراء الوكيل منكوحته قد تعلق به حق غيره وهو الموكل فلا يفسد به النكاح، بعض هذا مذكور في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: لِأَنَّهُ يُقَدِّمُ التَّمْلِيكَ بِغَيْرِ عِوَضٍ؛ لأنه لمَّا جاز سقوط القبول وهو الركن في المسألة الأولى، فلأن يسقط القبضُ وهو شرط تمام الهبة في هذه المسألة أوْلَى؛ لما أن مرتبة الشرط دون مرتبة الركن.

قوله: كَمَا إِذَا كَانَ عَلَيْهِ كَفَّارَةُ ظِهَارٍ فَأَمَرَ غَيْرَهُ أَنْ يُطْعِمَ عَنْهُ، بأن قال لآخر: اطعم عني عن كفارة يميني عشرة مساكين بعشرة دراهم، فأطعم عنه تسقط عنه الكفارة، ولا يفصل بين ما إذا كان الطلب بعوض أو بغير عوض؛ لما أن كلامَ العاقل يجبُ تصحيحه ما أمكن، وقد أمكن تصحيحه هاهنا بأن يتضمن إعتاقه عنها ثبوت الملك سابقًا عليه، كما إذا كان ببدل،

وَلَهُمَا أَنَّ الهِبَةَ مِنْ شَرْطِهَا القَبْضُ بِالنَّصِّ فَلَا يُمْكِنُ إِسْقَاطُهُ وَلَا إِثْبَاتُهُ اقْتِضَاءً لِأَنَّهُ فِعْلٌ حِسِّيٌّ، بِخِلَافِ البَيْعِ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ شَرْعِيٌّ، وَفِي تِلْكَ المَسْأَلَةِ الفَقِيرُ يَنُوبُ عَنِ الآمِرِ فِي القَبْضِ، أَمَّا العَبْدُ فَلَا يَقَعُ فِي يَدِهِ شَيْءٌ لِيَنُوبَ عَنْهُ.

كذا في «الجامع الصغير» لأبي اليُسر رحمه الله.

قوله: لِأَنَّهُ فِعْلٌ حِسِّيٌّ، أي: لمَّا كان فعلًا حسيًّا لا يتضمنه القول، أي: لا يمكن أن يقال: إن الإعتاق يتضمن القبض؛ لأن هذا قول والقول لا يتضمن الفعل، أمَّا الفعل يتضمن القول، إلا أن قول أبي يوسف رحمه الله أظهر، كذا في «الجامع الصغير» لأبي اليسر.

قوله: وَفِي تِلْكَ المَسْأَلَةِ الفَقِيرُ يَنُوبُ عَنِ الآمِرِ فِي القَبْضِ، كالفقير في باب الزكاة ينوب قبضه عن الله تعالى ثم يصير قابضًا لنفسه.

قوله: أَمَّا العَبْدُ فَلَا يَقَعُ فِي يَدِهِ شَيْءٌ؛ لأنَّ الإعتاق إتلاف الملك، وأمَّا دعوى انحطاط درجة الشرط عن درجة الركن فمسلَّم، ولكن دليل السقوط إنما يعمل في محله ولا يعمل في غير محله، فجاز أن يكون الشرط وإن كان أدون من الركن ممَّا لا يحتمل السقوط، كالطهارة والنية في باب الصلاة حيث لا يسقطان بحال، والقراءة تسقط بالاقتداء، والقيام يسقط بالعذر وهما ركنان، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

بَابُ نِكَاحِ أَهْلِ الشِّرْكِ

وَإِذَا تَزَوَّجَ الكَافِرُ بِلَا شُهُودٍ أَوْ فِي عِدَّةِ كَافِرٍ وَذَلِكَ فِي دِينِهِمْ جَائِزٌ ثُمَّ أَسْلَمَا أُقِرَّا عَلَيْهِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَ زُفَرٌ: النِّكَاحُ فَاسِدٌ فِي الوَجْهَيْنِ إِلَّا أَنَّهُ لا يُتَعَرَّضُ لَهُمْ قَبْلَ الإِسْلَامِ وَالمُرَافَعَةِ إِلَى الحُكَّامِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ كَمَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَفِي الوَجْهِ الثَّانِي كَمَا قَالَ زُفَرٌ.

باب نكـاح أهل الشرك

لمَّا ذكر باب الرقيق للمناسبة الذي ذكرنا، ذكر من هو أدون منزلةً وأخس رتبةً منهم، وهو أهل الشرك الذين لا كتاب لهم.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ لا يُتَعَرَّضُ لَهُمْ قَبْلَ الإِسْلَامِ وَالمُرَافَعَةِ إِلَى الحُكَّامِ، أي: أو المرافعة، فإن أحدهما كافٍ عنده للتعرّض.

قوله: فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ، أي: التزوج بغير شهود.

قوله: وَفِي الوَجْهِ الثَّانِي، أي: التزوج في عدة الكافر.

وقال زفر رحمه الله: لا يتعرض لهم في ذلك إلا أن يسلموا أو يُرافعوا، فحينئذٍ يفرق القاضي بينهم لقوله تعالى: ﴿وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَآءَهُمْ﴾ [المائدة: ٤٩]؛ ولأنهم بعقد الذمة صاروا من أهل ديارنا والتزموا أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات، فيثبت في حقهم ما يثبت في حقنا، ألا ترى أن حرمة الربا ثابتةٌ في حقهم بهذا

لَهُ أَنَّ الخِطَابَاتِ عَامَّةٌ مَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ فَتَلْزَمُهُمْ، وَإِنَّمَا لا يُتَعَرَّضُ لَهُمْ لِذِمَّتِهِمْ إِعْرَاضًا لا تَقْرِيرًا، فَإِذَا تَرَافَعُوا أَوْ أَسْلَمُوا وَالحُرْمَةُ قَائِمَةٌ وَجَبَ التَّفْرِيقُ، وَلَهُمَا أَنَّ حُرْمَةَ نِكَاحِ المُعْتَدَّةِ مُجْمَعٌ عَلَيْهَا فَكَانُوا مُلْتَزِمِينَ لَهَا، وَحُرْمَةُ النِّكَاحِ بِغَيْرِ شُهُودٍ مُخْتَلَفٌ فِيهَا وَلَمْ يَلْتَزِمُوا أَحْكَامَنَا بِجَمِيعِ الِاخْتِلَافَاتِ.

الطريق، فكذا حرمة النكاح بغير شهود، ولكنا نعرض عنهم لمكان عقد الذمة، لا لأنا نقرهم على ذلك، كما نتركهم وعبادة النار والأوثان على سبيل الإعراض لا على سبيل التقرير والحكم بصحة ما يفعلون، بل لتَصْيير الخطاب قاصرًا عنهم في أحكام الدنيا استدراجًا بهم، ومكرًا عليهم، وتركًا لهم على الجهل، وتمهيدًا لعقاب الآخرة والخلود في النار، وتحقيقًا لقول النبي صلى الله عليه وسلم: «الدنيا سجن المؤمن وجنَّة الكافر».

ولا نعرض عنهم في عقد الربا؛ لأن ذلك مستثنى من عقد الذمة، قال عليه الصلاة والسلام: «ألا من أربى فليس بيننا وبينه عهد»، وحجتنا في ذلك أن الإشهاد على النكاح من حق الشرع، وهم لا يخاطبون بحقوق الشرع بما هو أهم من هذا إلى آخره، كذا في «المبسوط»، و«أصول الفقه» لفخر الإسلام رحمه الله.

وأمَّا قوله تعالى: ﴿وَأَنِ ٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾، قلنا: إنما أنزل الله أن لا يلزم حكم الخطاب إلا بعد البلوغ، والخطاب في حقهم كأنه غير نازل؛ فإنَّهم يكذبون المبلغ ويزعمون أنه لم يكن رسولًا، وقد انقطعت ولاية الإلزام بالسيف وبالمحاجة لمكان عقد الذمة، فصار حكم الخطاب قاصرًا عنهم، وشيوع الخطاب إنما يعتبر في حق من يعتقد كون المبلغ رسولًا، فإذا اعتقدوا ذلك بأن أسلموا ثبت حكم الخطاب في حقهم، كذا في «الأسرار»، و«المبسوط».

قوله: وَحُرْمَةُ النِّكَاحِ بِغَيْرِ شُهُودٍ مُخْتَلَفٌ فِيهَا، فإن عند مالك وابن أبي ليلى النكاح بغير شهود جائز.

قوله: وَلَمْ يَلْتَزِمُوا أَحْكَامَنَا بِجَمِيعِ الِاخْتِلَافَاتِ، ولكن لا نتعرض لهم لمكان عقد الذمة، وإذا كان كذلك فلما ترافعوا وأسلموا وجب الحكم فيهم بما هو حكم الإسلام

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الحُرْمَةَ لا يُمْكِنُ إِثْبَاتُهَا حَقًّا لِلشَّرْعِ؛ لِأَنَّهُمْ لا يُخَاطَبُونَ بِحُقُوقِهِ، وَلا وَجْهَ إِلَى إِيجَابِ العِدَّةِ حَقًّا لِلزَّوْجِ؛ لِأَنَّهُ لا يَعْتَقِدُهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ تَحْتَ مُسْلِمٍ؛ لِأَنَّهُ يَعْتَقِدُهُ، وَإِذَا صَحَّ النِّكَاحُ فَحَالَةُ المُرَافَعَةِ وَالإِسْلَامِ حَالَةُ البَقَاءِ، وَالشَّهَادَةُ لَيْسَتْ شَرْطًا فِيهَا، وَكَذَا العِدَّةُ لا تُنَافِيهَا كَالمَنْكُوحَةِ إِذَا وُطِئَتْ بِشُبْهَةٍ.

(فَإِذَا تَزَوَّجَ المَجُوسِيُّ أُمَّهُ أَوْ ابْنَتَهُ ثُمَّ أَسْلَمَا فُرِّقَ بَيْنَهُمَا) ؛ لِأَنَّ نِكَاحَ المَحَارِمِ لَهُ

كما في نكاح المحارم، وهذا إذا رفع أحدهم الأمرُ إلينا أو أسلم والعدة غير منقضية فُرّق بينهما، وأمَّا إذا كانت المرافعة أو الإسلام بعد انقضاء العدة لا تُفرق بالإجماع[1]، كذا في «المبسوط»، و«الأسرار».

قوله: وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ الحُرْمَةَ لا يُمْكِنُ إِثْبَاتُهَا، إلى آخره، واختلف مشايخنا في قول أبي حنيفة رحمه الله.

منهم من يقول: العدة لا تجب من الذمي؛ لأن وجوبها لحق الشرع، أو لحق الزوج، ولا يمكن إيجابها لحق الشرع هنا؛ لِأَنَّهُمْ لا يُخَاطَبُونَ بذلك، ولا لحق الزوج؛ لأنه لا يعتقد ذلك، وإذا لم تجب العدة كان النكاح صحيحًا.

ومنهم من يقول: العدة واجبة ولكنها ضعيفة لا تمنع نفاذ النكاح بناءً على اعتقادهم، كالاستبراء فيما بين المسلمين، فكان النكاح صحيحًا وبعد المرافعة أو الإسلام الحال حال بقاء النكاح، والعدة لا تمنع بقاء النكاح كالموطوءة إذا وُطئت بالشبهة، كذا في «المبسوط».

فانظر كيف جمع المصنِّف رحمه الله بين القولين بنكتةٍ واحدةٍ، بحيث جعل أول التعليل بتعليل البعض وأتمَّ آخره بتعليل البعض الآخر.

---

(١) هكذا في أكثر النسخ، وورد في نسخة (ع١) وفي هامش نسخة (قط): أي: إذا كانت المرافعة أو الإسلام بعد انقضاء عدة الزوج الأول، ولكن كان تزوج الزوج الثاني قبل انقضاء عدة الزوج الأول لا تفرق بالإجماع.

حُكْمُ البُطْلَانِ فِيمَا بَيْنَهُمْ عِنْدَهُمَا كَمَا ذَكَرْنَا فِي العِدَّةِ وَوَجَبَ التَّعَرُّضُ بِالإِسْلَامِ فَيُفَرَّقُ، وَعِنْدَهُ لَهُ حُكْمُ الصِّحَّةِ فِي الصَّحِيحِ،

قوله: وَعِنْدَهُ لَهُ حُكْمُ الصِّحَّةِ فِي الصَّحِيحِ، احتراز عن قول مشايخ العراق فإنهم قالوا: له حكم الفساد، وقال مشايخنا: له حكم الجواز، واتَّفقوا على قول أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجري الإرث، ويقضى بالنفقة، ولا يسقط إحصانه متى دخل بها.

واتَّفقوا على قوله أيضاً أنه لو تزوج أختين في عقدة واحدة ثمَّ فارق إحداهما قبل الإسلام ثم أسلم، أن الباقية نكاحها على الصحة حتى يُقرَّا عليه، وحاصله أن الذمي إذا تزوَّج محارمه، أو تزوَّج خمس نسوة أو أختين، فما داموا على الكفر ولم يترافعوا إلينا لا نتعرّض لهم بالاتفاق إذا كانوا يدينون ذلك، غير أن على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله هذا النكاح يقع فاسدًا حالة الكفر، حتى لو طلبت من قاضي المسلمين النفقة فالقاضي لا يقضى لها بذلك، ولا يجري الإرث بينهما، وإذا دخل بها يسقط إحصانه حتى لو أسلم بعد ذلك وقذفه قاذف لا يُحدّ، وأمَّا على قول أبي حنيفة رضي الله عنه فقد اختلف المشايخ وقد ذكرناه، كذا في «المحيط».

فوجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن الكافر لو تزوج مجوسيَّة صح النكاح بالاتفاق، والمجوسية محرمة النكاح بخطاب الشرع كذوات المحارم، وإنَّما حكمنا بجوازه بينهم؛ لأن الخطاب في حقهم كأنه غير نازل، فإنهم يكذبون المبلغ إلى آخرما قرَّرنا من «المبسوط»، فلمَّا قصُر الخطاب عنهم بقي حكم المنسوخ في حقهم ما لم يثبت الناسخ، كما بقي حكم جواز الصلاة إلى بيت المقدَّس في حق أهل قبا؛ لما لم يبلغهم الخطاب بالتوجه إلى الكعبة، فإذا ثبتَ حكم صحة النكاح بهذا الطريق ثبتَ به ما هو من ضرورة صحة النكاح كالنفقة، وبقاء الإحصان، فأمَّا الميراثُ فليس من ضرورة صحة النكاح من كل وجه، فقد امتنع التوارث بأسباب كالرق، واختلاف الدين.

فإذا ثبتَت هذه القاعدة فنقول: عند أبي حنيفة رحمه الله إن رفعَ أحدهما الأمرَ إلى القاضي وطلب حكم الإسلام لم يفرق بينهما إذا كان الآخر يأبى ذلك، وعندهما يفرق

إِلَّا أَنَّ المَحْرَمِيَّةَ تُنَافِي بَقَاءَ النِّكَاحِ فَيُفَرَّقُ، بِخِلَافِ العِدَّةِ؛ لِأَنَّهَا لا تُنَافِيهِ (ثُمَّ بِإِسْلَامِ أَحَدِهِمَا يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا وَبِمُرَافَعَةِ أَحَدِهِمَا لا يُفَرَّقُ عِنْدَهُ) خِلَافًا لَهُمَا، وَالفَرْقُ أَنَّ اسْتِحْقَاقَ أَحَدِهِمَا لا يَبْطُلُ بِمُرَافَعَةِ صَاحِبِهِ إِذْ لا يَتَغَيَّرُ بِهِ اعْتِقَادُهُ، أَمَّا اعْتِقَادُ المُصِرِّ بِالكُفْرِ لا يُعَارِضُ إِسْلَامَ المُسْلِمِ؛ لِأَنَّ الإِسْلَامَ يَعْلُو وَلا يُعْلَى، وَلَوْ تَرَافَعَا يُفَرَّقُ بِالإِجْمَاعِ، لِأَنَّ مُرَافَعَتَهُمَا كَتَحْكِيمِهِمَا.

بينهما؛ لأن أصل النكاح كان باطلًا، ولكن ترك التعرض كان للوفاء بعقد الذمة، فإذا رفع أحدهما وانقاد لحكم الإسلام كان هذا بمنزلة ما لو أسلم أحدهما.

وأبو حنيفة رحمه الله يقول: أصل النكاح كان صحيحًا، ورفع أحدهما إلى القاضي ومطالبته بحكم الإسلام لا يكون حجة على الآخر في إبطال الاستحقاق الثابت له باعتقاده، بل اعتقاده يكون معارضًا لاعتقاد الآخر، فبقي حكم الصحة على ما كان، بخلاف ما إذا أسلم فَإِنَّ الإِسْلَامَ يَعْلُو وَلا يُعْلَى، ولا يكون اعتقاد الآخر معارضًا لإسلام المسلم منهما، بخلاف ما إذا ترافعا؛ لأنهما طلبا إنفاذ حكم الإسلام، فيثبت حكم الخطاب في حقهما بانقيادهما له، وإليه أشار الله تعالى في قوله: ﴿فَإِن جَآءُوكَ فَٱحْكُم بَيْنَهُمْ﴾ [المائدة: ٤٢]، فيكون مرافعتهما كإسلامهما، كذا في «المبسوط».

قوله: إِلَّا أَنَّ المَحْرَمِيَّةَ تُنَافِي بَقَاءَ النِّكَاحِ، كما تنافي ابتداء النكاح حتى لو اعترضت المحرمية في نكاح المسلمين برضاع أو مصاهرة يبطل النكاح، بِخِلَافِ العِدَّةِ، على ما مرَّ.

وفي «المبسوط»: فأمَّا إذا تزوج الكافر ذات رحم محرم منه من أم أو ابنة أو أختٍ فإنه لا يتعرضُ لهم في ذلك، وإن علم القاضي ما لم يرفعوا إليه إلا في قول أبي يوسف رحمه الله الآخر، ذكره في كتاب الطلاق أنه يفرق بينهما إذا علم ذلك؛ لما رُوي أن عُمر رضي الله عنه كتب إلى عماله أن فرقوا بين المجوسي وبين محارمهم، وامنعوهم عن الزمزمة[1] إذا أكلوا.

---

(١) في هامش نسخة (ف١): هي كلامهم عند الأكل، لا يفهم معناه.

(وَلا يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ المُرْتَدُّ مُسْلِمَةً وَلا كَافِرَةً وَلا مُرْتَدَّةً) ؛ لِأَنَّهُ مُسْتَحِقٌّ لِلْقَتْلِ، وَالإِمْهَالِ ضَرُورَةَ التَّأَمُّلِ، وَالنِّكَاحُ يَشْغَلُهُ عَنْهُ فَلا يُشْرَعُ فِي حَقِّهِ (وَكَذَا المُرْتَدَّةُ لا يَتَزَوَّجُهَا مُسْلِمٌ وَلا كَافِرٌ)؛ لِأَنَّهَا مَحْبُوسَةٌ لِلتَّأَمُّلِ وَخِدْمَةُ الزَّوْجِ تَشْغَلُهَا عَنْهُ، وَلِأَنَّهُ لا يَنْتَظِمُ بَيْنَهُمَا المَصَالِحَ، وَالنِّكَاحُ مَا شُرِعَ لِعَيْنِهِ بَلْ لِمَصَالِحِهِ (فَإِنْ كَانَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ مُسْلِمًا فَالوَلَدُ عَلَى دِينِهِ، وَكَذَلِكَ إِنْ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا وَلَهُ وَلَدٌ صَغِيرٌ صَارَ

ولكنا نقول: هذا غير مشهور، وإنما المشهور ما كتب به عُمر بن عبد العزيز إلى الحسن البصري رحمهما الله: «ما بال الخلفاء الراشدين تركوا أهل الذمة وما هم عليه من نكاح المحارم، واقتناء الخمور والخنازير، فكتب إليه: إنما بذلوا الجزية ليتركوا وما يعتقدون، وإنما أنت متبع، ولستَ بمبتدع، والسلام»؛ ولأن الولاة والقضاة من ذلك الوقت إلى يومنا لم يشتغل أحد منهم بذلك مع علمهم أنَّهم يباشرون ذلك.

قوله: وَلا يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ المُرْتَدُّ؛ لأن المرتد مستحق القتل، والمستحق إلى جهة كالمصروف إلى تلك الجهة، فصار كالميت فلا ينتظر مصالح النكاح.

قوله: وَكَذَلِكَ المُرْتَدَّةُ لا يَتَزَوَّجُهَا مُسْلِمٌ وَلا كَافِرٌ، فقد عمَّ الكافر ليتناول أهلُ الكتاب والمشركين والمرتدين، فإنه ذكر في «المبسوط»: ولا يجوز نكاح المرتدة مع أحد؛ لأنها مأمورة بالتأمل لتعود إلى الإسلام وممنوعة من الاشتغال بشيء آخر؛ ولأنَّها بالردة صارت محرَّمة، والنكاح يختص بمحل الحل ابتداءً، أو تُحْبس هي لتُسلم فلا ينتظم مصالح النكاح بالمجوسية.

قوله: فَإِنْ كَانَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ مُسْلِمًا فَالوَلَدُ عَلَى دِينِهِ، فإن قلتَ: كيف يصح هذا التعميم ولا وجود لنكاح المسلمة مع كافر أيّ كافر كان.

قلتُ: هذا محمول على حالة البقاء بأن أسلمت المرأة ولم يعرض الإسلام على الزوج بعد فجاءت بالولد.

وَلَدُهُ مُسْلِمًا بِإِسْلَامِهِ) لِأَنَّ فِي جَعْلِهِ تَبَعًا لَهُ نَظَرًا لَهُ (وَلَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا كِتَابِيًّا وَالآخَرُ مَجُوسِيًّا فَالوَلَدُ كِتَابِيٌّ)؛ لِأَنَّ فِيهِ نَوْعَ نَظَرٍ لَهُ إِذِ المَجُوسِيَّةُ شَرٌّ، وَالشَّافِعِيُّ يُخَالِفُنَا فِيهِ لِلتَّعَارُضِ وَنَحْنُ بَيَّنَّا التَّرْجِيحَ. (وَإِذَا أَسْلَمَتِ المَرْأَةُ وَزَوْجُهَا كَافِرٌ عُرِضَ عَلَيْهِ الإِسْلَامُ فَإِنْ أَسْلَمَ فَهِيَ امْرَأَتُهُ، وَإِنْ أَبَى فَرَّقَ القَاضِي بَيْنَهُمَا، وَكَانَ

قوله: وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ يُخَالِفُنَا فِيهِ، أي: في جعل الولد تبعًا للكتابي، فإنه يجعل الولدَ تبعًا للمجوسي في حق حل الذبيحة والنكاح عندنا، حتى تحل ذبيحة ذلك الولد المولود بين الكتابي والمجوسي، ويحل مناكحته للمسلمين، ولا يحل ذلك عند الشافعي رحمه الله فقال: وقعت المعارضة بينهما في أن أحدهما يُوجب الحرمة والآخر يوجب الحل، فيغلب موجب الحرمة للحديث، بخلاف ما إذا كان أحدهما مسلمًا؛ لأن الكفر لا يعارض الإسلام.

ولكنا نستدل بقوله عليه الصلاة والسلام: «كل مولود يُولد على الفطرة، فأبواه يهودانه أو ينصرانه»، فقد جعل اتفاق الأبوين علةً ناقلةً عن أصل الفطرة، فيثبت ذلك فيما اتفق عليه الأبوان، وفيما اختلفا فيه يبقي على أصل الفطرة، أو على ما هو أقرب إلى أصل الفطرة.

قوله: وَنَحْنُ بَيَّنَّا التَّرْجِيحَ، وهو قوله: لِأَنَّ فِيهِ نَوْعَ نَظَرٍ لَهُ، وذلك لأنا لو قلنا بأنه كتابي تحل ذبيحته وتجوز مناكحته فكان فيه نظرًا للولد؛ ولأن الكتابي يعتقد التوحيد أو يظهره فكان في جعل الولد تبعًا له نوع نظر للولد وذلك جائز، كذا في «المبسوط».

ثمَّ ذكر كفر الزوج مطلقاً في إسلام المرأة فقال: وَإِذَا أَسْلَمَتِ المَرْأَةُ وَزَوْجُهَا كَافِرٌ، وذكر كفر المرأة مقيدًا بالمجوسية في إسلام الزوج فقال: وَإِنْ أَسْلَمَ الزَّوْجُ وَتَحْتَهُ مَجُوسِيَّةٌ؛ لما أنَّ النكاح لا يبقى مع كفر الزوج بالإباء عند إسلام المرأة أي كفر كان، وأمَّا كفر المرأة عند إسلام الزوج فإنما يُوجب التفريق إن لو لم يجز النكاح ابتداءً مع ذلك الكفر كما في المجوسية، وأمَّا إذا كانت كتابية فيبقى النكاح بينهما وإن أسلم زوجها، على ما يجيء بعد هذا بخطوط.

قوله: وَإِنْ أَبَتْ فَرَّقَ القَاضِي بَيْنَهُمَا، فإن لم تسلم المرأة حتى مات الزوج كان لها المهر كاملًا دخل بها أو لم يدخل بها؛ لأن النكاح منته بالموت حين لم يفرق القاضي بينهما،

ذَلِكَ طَلَاقًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَإِنْ أَسْلَمَ الزَّوْجُ وَتَحْتَهُ مَجُوسِيَّةٌ عَرَضَ عَلَيْهَا الإِسْلَامَ، فَإِنْ أَسْلَمَتْ فَهِيَ امْرَأَتُهُ، وَإِنْ أَبَتْ فَرَّقَ القَاضِي بَيْنَهُمَا وَلَمْ تَكُنِ الفُرْقَةُ بَيْنَهُمَا طَلَاقًا) وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لا تَكُونُ الفُرْقَةُ طَلَاقًا فِي الوَجْهَيْنِ، أَمَّا العَرْضُ فَمَذْهَبُنَا، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لا يُعْرَضُ الإِسْلَامُ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَعَرُّضًا لَهُمْ وَقَدْ ضَمِنَّا بِعَقْدِ الذِّمَّةِ أَنْ لا نَتَعَرَّضَ لَهُمْ، إِلَّا أَنَّ مِلْكَ النِّكَاحِ قَبْلَ الدُّخُولِ غَيْرُ مُتَأَكِّدٍ فَيَنْقَطِعُ بِنَفْسِ الإِسْلَامِ، وَبَعْدَهُ مُتَأَكِّدٌ فَيَتَأَجَّلُ إِلَى انْقِضَاءِ ثَلَاثِ حِيَضٍ كَمَا فِي الطَّلَاقِ.

فيقرر به جميع المهر، كذا في «المبسوط».

وإن كانت من غير أهل الكتاب فهي امرأته حتى يُعرض عليها الإسلام، فإن أسلمت وإلا فرق بينهما، وكذلك إن كانت المرأة هي التي أسلمت والزوج من أهل الكتاب أو من غير أهل الكتاب فهي امرأته حتى يُعرض عليه الإسلام، فإن أسلم وإلا فرق بينهما، ويستوي أن كان دخل بها أو لم يدخل عندنا، وقال الشافعي رحمه الله: إن كان قبل الدخول تقع الفرقة بإسلام أحدهما، وإن كان بعد الدخول يتوقفُ وقوع الفرقة بينهما على انقضاء ثلاث حيض، ولا يُعرض الإسلام على الآخر.

قوله: كَمَا فِي الطَّلَاقِ، فإن نفس الطلاق قبل الدخول يرفع النكاح، وبعد الدخول لا يرفع إلا بانقضاء العدة.

وحجتنا في ذلك ما رُوي أن دَهْقانة نهر الملك أسلمت، فأمر عُمر رضي الله عنه أن يُعرض الإسلام على زوجها، فإن أسلم وإلا فُرّق بينهما، وأن دهقاناً أسلم على عهد علي رضي الله عنه فعرض الإسلام على امرأته فأبت ففرّق بينهما، وكان المعنى فيه أن النكاح كان صحيحًا بينهما، فلا يرفع إلا بعد وجود السبب الموجب له، وإسلام المسلم منهما لا يصلح سببًا لذلك؛ لأنه سبب لإثبات العصمة وتأكيد الملك به، وكذلك كفر من أصرَّ منهما على الكفر؛ لأنه كان موجودًا قبل هذا وما كان مانعًا لابتداء النكاح ولا لبقائه، وكذلك اختلاف الدين فإن عينه ليس بسبب، كما لو كان الزوج مسلمًا والمرأة كتابيَّة فلا بد من أن يقرر السببَ

وَلنَا أَنَّ المَقَاصِدَ قَدْ فَاتَتْ فَلَا بُدَّ مِنْ سَبَبٍ تَبْتَنِي عَلَيْهِ الفُرْقَةُ، وَالإِسْلَامُ طَاعَةٌ لا يَصْلُحُ سَبَبًا فَيُعْرَضُ الإِسْلَامُ لِتَحْصُلَ المَقَاصِدُ بِالإِسْلَامِ أَوْ تَثْبُتَ الفُرْقَةُ بِالإِبَاءِ، وَجْهُ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ الفُرْقَةَ بِسَبَبٍ يَشْتَرِكُ فِيهِ الزَّوْجَانِ فَلَا يَكُونُ طَلَاقًا كَالفُرْقَةِ بِسَبَبِ المِلْكِ، وَلَهُمَا أَنَّ بِالإِبَاءِ امْتَنَعَ الزَّوْجُ عَنِ الإِمْسَاكِ بِالمَعْرُوفِ مَعَ قُدْرَتِهِ عَلَيْهِ بِالإِسْلَامِ فَيَنُوبُ القَاضِي مَنَابَهُ فِي التَّسْرِيحِ كَمَا فِي الجَبِّ وَالعُنَّةِ، أَمَّا المَرْأَةُ فَلَيْسَتْ بِأَهْلٍ لِلطَّلَاقِ فَلَا يَنُوبُ القَاضِي مَنَابَهَا عِنْدَ إِبَائِهَا.

(ثُمَّ إِذَا فَرَّقَ بَيْنَهُمَا بِإِبَائِهَا فَلَهَا المَهْرُ إِنْ كَانَ دَخَلَ بِهَا) لِتَأَكُّدِهِ بِالدُّخُولِ (وَإِنْ لَمْ

الموجبَ للفرقة لما تعذر استدامة النكاح بينهما، وذلك السبب عرض الإسلام على الكافر منهما لا بطريق الإجبار عليه، ولكن لأن بالنكاح وجب عليه الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان، والإمساك بالمعروف في أن يساعدها على الإسلام، فإذا أبى ذلك تعين التسريح بالإحسان، فإذا امتنع من ذلك ناب القاضي منابه في التفريق بينهما.

ولأن قرار النكاح يقف على زوال كفر الآخر لا زوال إسلام هذا، فعُلم أن الفرقة كانت بسبب كفر الثاني منهما دون الإسلام، ثمَّ إن كانت المرأة هي التي أبت الإسلام حتى فرق القاضي بينهما كانت الفرقة بغير طلاق بالاتفاق، وإن كان الزوج هو الذي أبى الإسلام كانت الفرقة بطلاق عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وعند أبي يوسف رحمه الله يكون الفرقة بغير طلاق، وأمَّا الفرقة بردة المرأة فتكون بغير طلاق، وردة الزوج كذلك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وفي قول محمد رحمه الله يكون بطلاق.

وحجة أبي يوسف رحمه الله في الفصلين: أن سبب هذه الفرقة يَشْتَرِكُ فِيهِ الزَّوْجَانِ، على معنى أنه متحقق منهما وهو الإباء والردة، ومثل هذه الفرقة تكون بغير طلاق، كالفرقة الواقعة بالمحرمية، وملك أحد الزوجين صاحبه.

وحجة محمد رحمه الله في الفصلين: أن سبب الفرقة قول من جهة الزوج إمَّا إباءً

يَكُنْ دَخَلَ بِهَا فَلَا مَهْرَ لَهَا)؛ لِأَنَّ الفُرْقَةَ مِنْ قِبَلِهَا وَالمَهْرُ لَمْ يَتَأَكَّدْ فَأَشْبَهَ الرِّدَّةَ وَالمُطَاوَعَةَ. (وَإِذَا أَسْلَمَتِ المَرْأَةُ فِي دَارِ الحَرْبِ وَزَوْجُهَا كَافِرٌ أَوْ أَسْلَمَ الحَرْبِيُّ وَتَحْتَهُ مَجُوسِيَّةٌ لَمْ تَقَعِ الفُرْقَةُ عَلَيْهَا حَتَّى تَحِيضَ ثَلَاثَ حِيَضٍ ثُمَّ تَبِينَ مِنْ زَوْجِهَا)

أو ردَّةً، فيكون بمنزلة إيقاع الطلاق؛ وهذا لأنه يفوت الإمساك بهذا السبب فيتعيَّن التسريح بالإحسان، والتسريح طلاق كما في العنين بهذا الطريق.

وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول بالفرقة بينهما من وجهين:

أحدهما: أن الفرقة بالردَّة كانت لفوات صفة الحل وذلك مناف للنكاح، ألا ترى أن الفرقة لا تتوقف على قضاء القاضي، فإنه ينافي النكاح ابتداءً وبقاءً، فيكون نظير المحرمية والملك، وأمَّا إباء الإسلام فغير مناف للنكاح، ألا ترى أن الفرقة لا تقع به إلا بعد قضاء القاضي بها، فالفرقة بسبب غير مناف للنكاح إذا كان مضافاً إلى الزوج يكون طلاقاً.

والثاني: أن في فصل الإباء لمَّا كانت الفرقة لا تقع إلا بالقضاء أشبهت الفرقة بسبب العنة، وفي مسألة الردَّة لما لم تتوقف الردَّة على القضاء أشبهت الفرقة بسبب المحرمية والملك، ألا ترى أنها تتم بالمرأة وليس إليها في الطلاق شيء.

ثم في الفصلين يقع طلاقه عليها مادامت في العدة، أمَّا في الإباء فظاهر؛ لأن الفرقة كانت بالطلاق، وأمَّا في الردة فلأنَّ حرمة المحل بهذا السبب غير متأبدة، ألا ترى أنها ترتفع بالإسلام فيتوفر على الطلاق ما هو موجبه، وهو حرمة المحل إلى غاية إصابة الزوج الثاني، فلذلك يقع طلاقه عليها في العدة، بخلاف ما بعد المحرمية، فإن حرمة المحل هناك مؤيَّدة فلا يظهر معه ما هو موجب الطلاق، كذا في «المبسوط»، و«الأسرار».

قوله: لَمْ تَقَعِ الفُرْقَةُ عَلَيْهَا حَتَّى تَحِيضَ ثَلَاثَ حِيَضٍ ثُمَّ تَبِينَ مِنْ زَوْجِهَا، هذا إذا أسلمت المرأة وهي ممَّن تحيض، وأمَّا إذا كانت ممن لا تحيض فلا تقع الفرقة ما لم تمض ثلاثة أشهر، فإن أسلم الباقي منهما في المدَّة فهما على النكاح، وإلا فقد وقعت الفرقة بينهما عند مضي المدَّة.

وَهَذَا؛ لِأَنَّ الإِسْلَامَ لَيْسَ سَبَبًا لِلْفُرْقَةِ، وَالعَرْضُ عَلَى الإِسْلَامِ مُتَعَذِّرٌ لِقُصُورِ الوِلَايَةِ، وَلا بُدَّ مِنَ الفُرْقَةِ دَفْعًا لِلْفَسَادِ فَأَقَمْنَا شَرْطَهَا وَهُوَ مُضِيُّ الحَيْضِ مَقَامَ السَّبَبِ كَمَا فِي حَفْرِ البِئْرِ، وَلا فَرْقَ بَيْنَ المَدْخُولِ بِهَا وَغَيْرِ المَدْخُولِ بِهَا،

ثم إن المرأة إذا كانت هي المسلمة فهي كالمهاجرة ولا عدَّة عليها بعد ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يجبُ عليها العدة بعد وقوع الفرقة بثلاث حيض، وإن كان الزوج هو المسلم فلا عدَّة عليها بالإجماع، كذا في «شرح الطحاوي»، فعُلم بهذا أنَّ ما قالوا بثلاث حيض لأجل الفرقة، وثلاث حيض أخرى لأجل العدة لا يقع إجراؤه على الإطلاق، بل هو محمول على قولهما خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله.

قوله: مَقَامَ السَّبَبِ، وهو تفريق القاضي عند إباء الزوج الإسلام.

قوله: كَمَا فِي حَفْرِ البِئْرِ، فإن الأصل أن يضاف التلف في وقوع البئر إلى الثقل؛ لأنه هو العلة للسقوط والحفر شرطه؛ لأن الأرض كانت مُسكة مانعة عمل الثقل، فبالحفر زال المانع فعمل الثقل عمله، فعُلم به أنه شرط لكن العلة ليست بصالحة للحكم؛ لأن الثقل طبع لا تعدّي فيه، والمشي مباح لا شبهة فيه، فلم يصلح المشي علة بواسطة الثقل، وإذا لم يعارض الشرط ما هو علةٌ وللشرط شبه بالعلل لِمَا يتعلق به من وجود الحكم، أقيم مقام العلة في ضمان النفس والأموال جميعًا، كذا ذكره فخر الإسلام رحمه الله في «أصول الفقه».

فكذلك هاهنا كان الأصل أن تضاف الفرقة إلى تفريق القاضي عند إباء الزوج الإسلام، ولكن هو غير ممكن؛ لأن يد أهل الإسلام لا تصل إلى المُصِرّ منهما ليعرض عليه الإسلام، ويحكم بالفرقة عند إبائه فأقيم ثلاث حيضات مقام ثلاث عرضات في تقرر سبب الفرقة؛ لما أن انقضاء ثلاث حيض شرط البينونة في الطلاق الرجعي، وشرط انقطاع علائق النكاح في الطلاق البائن.

وإنما كان كذلك؛ لأن الزوج صار غير مريد لها حين لم يساعدها على الإسلام، وبعد ما صار غير مريد لها فالفرقة تقع بانقضاء ثلاث حيض، كما لو طلقها، إلا أن هناك إذا كان الطلاق قبل الدخول تمكن إثبات الفرقة بنفسه لمباشرة الزوج سببَ الفرقة، وهاهنا

وَالشَّافِعِيُّ يَفْصِلُ كَمَا مَرَّ لَهُ فِي دَارِ الإِسْلَامِ (وَإِذَا وَقَعَتِ الفُرْقَةُ وَالمَرْأَةُ حَرْبِيَّةٌ فَلَا عِدَّةَ عَلَيْهَا، وَإِنْ كَانَتْ هِيَ المُسْلِمَةُ فَكَذَلِكَ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلَافًا لَهُمَا، وَسَيَأْتِيكَ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى (وَإِذَا أَسْلَمَ زَوْجُ الكِتَابِيَّةِ فَهُمَا عَلَى نِكَاحِهِمَا)؛ لِأَنَّهُ يَصِحُّ النِّكَاحُ بَيْنَهُمَا ابْتِدَاءً فَلَأَنْ يَبْقَى أَوْلَى.

لا يمكن إثبات الفرقة قبل الدخول بدون انقضاء ثلاث حيض؛ لأن الزوج ما باشر سببًا بل هو مستديم لما كان عليه، فلذلك توقف انقطاع النكاح على انقضاء ثلاث حيض في الوجهين جميعًا، كذا في «المبسوط».

وبهذا خرج الجواب عمَّا يرد على ما ذكر في الكتاب في **قوله**: وَلَا فَرْقَ بَيْنَ المَدْخُولِ بِهَا وَغَيْرِ المَدْخُولِ بِهَا، بأن قيل: العدة غير واجبة على غير المدخولة فكيف تقوم ثلاث حيض مقام انقضاء العدة في حق غير المدخولة؟

لأنا نقول: لمَّا أقيم ثلاث حيض مقام تفريق القاضي عند الإباء لم يكن بد من وجوده، سواء كان قبل الدخول أو بعده كما لا بُدَّ من وجود تفريق القاضي عند إمكانه في دار الإسلام عند الإباء، من غير نظر إلى أنه دخل بها أو لم يدخل.

قوله: وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ يَفْصِلُ، أي: بين المدخول بها وغير المدخول بها حيث يقول: إن كان قبل الدخول تقع الفرقة بإسلام أحدهما، وإن كان بعد الدخول تتوقف على انقضاء العدة، وهذا الحكم عنده لا يختلف بدار الحرب ودار الإسلام.

قوله: كَمَا مَرَّ لَهُ، أي: للشافعي رحمه الله وهو **قوله**: إِلَّا أَنَّ مِلْكَ النِّكَاحِ قَبْلَ الدُّخُولِ غَيْرُ مُتَأَكِّدٍ، إلى آخره.

قوله: وَإِذَا وَقَعَتِ الفُرْقَةُ وَالمَرْأَةُ حَرْبِيَّةٌ فَلَا عِدَّةَ عَلَيْهَا، أي: بالإجماع؛ لأن حكم الشرع لا يثبت في حقها.

قوله: فَلَأَنْ يَبْقَى أَوْلَى؛ لأن البقاء أسهل من الابتداء، فكم من شيء يُتحمل حالة البقاء في النكاح ولا يُتحمل حالة الابتداء، ألا ترى أن المنكوحة إذا وطئت بشبهة تعتد له

قَالَ: (وَإِذَا خَرَجَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ إِلَيْنَا مِنْ دَارِ الحَرْبِ مُسْلِمًا وَقَعَتِ البَيْنُونَةُ بَيْنَهُمَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ لا تَقَعُ (وَلَوْ سُبِيَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ وَقَعَتِ البَيْنُونَةُ بَيْنَهُمَا، وَإِنْ سُبِيَا مَعًا لَمْ تَقَعْ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: وَقَعَتْ، فَالحَاصِلُ أَنَّ السَّبَبَ هُوَ التَّبَايُنُ دُونَ السَّبْيِ عِنْدَنَا وَهُوَ يَقُولُ بِعَكْسِهِ، لَهُ أَنَّ لِلتَّبَايُنِ أَثَرُهُ فِي انْقِطَاعِ الوِلَايَةِ، وَذَلِكَ لا يُؤَثِّرُ فِي الفُرْقَةِ كَالحَرْبِيِّ المُسْتَأْمَنِ وَالمُسْلِمِ المُسْتَأْمَنِ، أَمَّا السَّبْيُ فَيَقْتَضِي الصَّفَاءَ لِلسَّابِي وَلا يَتَحَقَّقُ إِلَّا بِانْقِطَاعِ النِّكَاحِ، وَلِهَذَا يَسْقُطُ الدَّيْنُ عَنْ ذِمَّةِ المَسْبِيِّ.

وتبقى منكوحة، ولا يجوز نكاح المعتدة من وطءٍ بشبهة ابتداءً.

قوله: وَإِذَا خَرَجَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ إِلَيْنَا مِنْ دَارِ الحَرْبِ مُسْلِمًا وَقَعَتِ البَيْنُونَةُ بَيْنَهُمَا، خلافًا للشافعي رحمه الله، والخلاف فيما إذا خرج أحد الزوجين مسلماً غير مراغم، وأمَّا إذا خرجت المرأة مراغمة مسلمة وقعت الفرقة بالاتفاق، عندنا لتباين الدارين، وعنده للقصد إلى المراغمة والاستيلاء على حق الزوج، وأمَّا إذا خرجت غير مراغمة لزوجها، أو خرج الزوج مسلمًا أو ذميًّا تقع الفرقة بتباين الدارين عندنا، ولا تقع عند الشافعي، كذا في «المبسوط».

قوله: لَهُ أَنَّ لِلتَّبَايُنِ أَثَرُهُ فِي انْقِطَاعِ الوِلَايَةِ، المراد بانقطاع الولاية سقوط مالكيته عن نفسه وعن ماله.

قوله: كَالحَرْبِيِّ المُسْتَأْمَنِ وَالمُسْلِمِ المُسْتَأْمَنِ، يعني أن الحربي إذا دخل دارنا بأمان، أو دخل المسلم دار الحرب بأمان لا تثبت الفرقه وإن كان تباين الدارين موجودًا، عُلِم أن التباين ليس بسبب الفرقة.

قوله: وَلِهَذَا يَسْقُطُ الدَّيْنُ عَنْ ذِمَّةِ المَسْبِيِّ، يعني أن الحربي إذا سُبي وعليه دين لآخر بطل بالسبي، كذا في «الأسرار».

وهذا لأن السبي سبب لملك ما يحتمل التمليك، ومحل النكاح محتمل للتمليك، فيصير مملوكًا للسابي؛ لأنه لو امتنع ثبوت الملك إنما يمتنع لحق الزوج وهو ليس بحق

وَلَنَا أَنَّ مَعَ التَّبَايُنِ حَقِيقَةً وَحُكْمًا لا تَنْتَظِمُ المَصَالِحُ فَشَابَهَ المَحْرَمِيَّةَ وَالسَّبْيُ

محترم، ولهذا قلنا: لو كانت المسبية منكوحة لمسلم أو ذمي لا يبطل النكاح؛ لأن مِلك النكاح محترم.

واحتج هو أيضـا بقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النساء: ٢٤]، معناه ذوات الأزواج من النساء إلا ما ملكت أيمانكم، فإنَّها محللة لكم، وإنما نزلت الآية في سبايا أوطاس، وإنما سبي أزواجهن معهنَّ.

وحجتنا في ذلك أن السبي سبب لملك الرقبة مالًا، فلا يكون مبطلًا للنكاح كالشراء؛ وهذا لأن المملوك بالنكاح ليس بمالٍ فلا يثبت فيه التملك بالسبي مقصودًا؛ لأن تملك البضع مقصودًا بسببه يختص بشرائط من الشهود والوليّ، وذلك لا يوجد في السبي، وإنما يثبت الملك هنا تبعًا لملك الرقبة، وذلك لا يثبت إلا عند فراغ المحل عن حق الغير، ونفس السبي غير منافية للنكاح، ألا ترى أن مالك النكاح لو كان محترمًا لا يبطل النكاح مع تقرّر السبي، والمنافي إذا تقرر فالمحترم وغير المحترم فيه سواءٌ، كما إذا تقرر بالمحرمية والرضاع.

وأمَّا الدين فإن كان على عبد فسبي لم يسقط الدين، نصَّ عليه في المأذون، وإن كان على حرّ فسبي يسقط؛ لأنه لمَّا صار عبدًا والدين لا يجب على العبد إلا شاغلًا مالية رقبته، فكذلك لا يبقى إلا شاغلًا للمالية، وحين كان واجبًا على الحر لم يكن شاغلًا لمالية الرقبة؛ إذ لا مالية في رقبته فلا يمكن إبقاؤه إلا بتلك الصفة، وقد تعذَّر إبقاؤه بتلك الصفة بعد السبي، ألا ترى أنه لو كان الدين لمحترم لا يبقى كذلك، وبه يبطل قولهم: أن السبي يقتضي صفاء المسبي للسابي، فإن مالك النكاح إذا كان محترمًا يبقي النكاح ولا صفاء.

فإن قيل: يجوز أن يكون الدين في الذمة بلا تعلق في الرقبة، كالعبد يقر بدين.

قلنا: لا يجوز ذلك، وإنَّما لا يطالب إذا أقر لأنه غير ثابت في حق المولى؛ لأن إقراره ليس بحجة عليه حتى إذا ثبت بالاستهلاك معاينة بيع فيه، كذا في «المبسوط»، و«الأسرار».

قوله: وَلَنَا أَنَّ مَعَ التَّبَايُنِ حَقِيقَةً وَحُكْمًا لا تَنْتَظِمُ المَصَالِحُ، المرادُ بالحقيقة تباعدهما شخصًا، وبالحكم أن لا يكون في الدار التي دخلها على سبيل الرجوع، بل يكون على سبيل

يُوجِبُ مِلْكَ الرَّقَبَةِ وَهُوَ لا يُنَافِي النِّكَاحَ ابْتِدَاءً فَكَذَلِكَ بَقَاءً وَصَارَ كَالشِّرَاءِ ثُمَّ هُوَ يَقْتَضِي الصَّفَاءَ فِي مَحَلِّ عَمَلِهِ وَهُوَ المَالُ لا فِي مَحَلِّ النِّكَاحِ، وَفِي المُسْتَأْمَنِ لَمْ تَتَبَايَنِ الدَّارُ حُكْمًا لِقَصْدِهِ الرُّجُوعَ.

(وَإِذَا خَرَجَتِ المَرْأَةُ إِلَيْنَا مُهَاجِرَةً جَازَ لَهَا أَنْ تَتَزَوَّجَ وَلا عِدَّةَ عَلَيْهَا) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: عَلَيْهَا العِدَّةُ؛ لِأَنَّ الفُرْقَةَ وَقَعَتْ بَعْدَ الدُّخُولِ فِي دَارِ الإِسْلَامِ فَيَلْزَمُهَا

القرار والسكنى، وفي **قوله:** وَحُكْمًا، جواب عن **قوله:** كَالحَرْبِيِّ المُسْتَأْمَنِ وَالمُسْلِمِ المُسْتَأْمَنِ؛ لأن الحربي والمستامن وإن كان في دار الإسلام حقيقةً ولكن هو في دار الحرب حكماً؛ لأنه على نية الرجوع فلذلك لم يترتب عليه حكم التباين، وكذلك في المسلم المستأمن حتى لو انقطعت نية الرجوع كان حكم التباين ثابتًا في حقه؛ فإنه ذكر في «المبسوط»: ويستوي في وقوع الفرقة تباين الدارين إن خرج أحدهما مسلمًا، أو ذميًا، أو خرج مستامنًا، ثم أسلم أو صار ذميًا؛ لأنه صار من أهل دارنا حقيقةً وحكماً.

والآية دليلنا؛ فإن الله تعالى حرم ذوات الأزواج، فما لم يثبت انقطاع الزوجية بينهما كانت محرمة على السابي بهذا النص، كذا في «المبسوط».

قوله: مُهَاجِرَةً، المهاجرة من أرض إلى أرض ترك الأولى للثانية.

قوله: وَإِذَا خَرَجَتِ المَرْأَةُ إِلَيْنَا مُهَاجِرَةً، بأن خرجت مسلمة أو ذميَّة على نية أن لا ترجع إلى ما هاجرت منه أبدًا.

قوله: لِأَنَّ الفُرْقَةَ وَقَعَتْ بَعْدَ الدُّخُولِ فِي دَارِ الإِسْلَامِ، وإنما قيَّد به احترازًا عمَّا لو طلقها الحربي ثلاثاً في داره ثم هاجرت، فإنه لا عدة عليها بالإجماع؛ لأن الفرقة وقعت في دارهم وهم لا يؤاخذون بأحكامنا، فبانت بلا عدةٍ فلا يجبُ بعد ذلك عدة؛ لأنَّها إذا سقطت مرَّة أصلًا لم تعد إلا بتجديد سببها، وكذلك لا تجب العدة على التي سبيت؛ فإن السبي المبيح للسابي منع ثبوت العلة، والعلة لا تعمل عند معارضة المانع إيَّاها، وهذا كأمّ الولد

حُكْمُ الإِسْلَامِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهَا أَثَرُ النِّكَاحِ المُتَقَدِّمِ وَجَبَتْ إِظْهَارًا لِخَطَرِهِ، وَلَا خَطَرَ لِمِلْكِ الحَرْبِيِّ، وَلِهَذَا لَا تَجِبُ عَلَى المَسْبِيَّةِ وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا لَمْ تَتَزَوَّجْ حَتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا) وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَصِحُّ النِّكَاحُ وَلَا يَقْرَبُهَا زَوْجُهَا حَتَّى تَضَعَ

تعتق فيلزمها العدة، وإذا كانت منكوحةً لا تجبُ.

وأبو حنيفة رحمه الله استدل بقوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَن تَنكِحُوهُنَّ إِذَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الممتحنة: ١٠]، فإن الله تعالى أباح نكاح المهاجرة مطلقـًا، فتقييد ذلك بما بعد انقضاء العدة يكون زيادة، وقال الله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُواْ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ﴾ [الممتحنة: ١٠]، وفي إيجاب العدة إمساك بعصم الكوافر، والمعنى فيه أن هذه الفرقة وقعت بتباين الدارين، فلا توجب العدة كالمسبية؛ وهذا لأن تباين الدارين حقيقةً وحكمـًا منافٍ للنكاح فكان منافيًا لأثر النكاح، فلا تجب العدة لحق الشرع مع وجود المنافي، ولا لحق الزوج؛ لأنه حربي غير محترم، كذا في «المبسوط»، و«الأسرار».

قوله: وَلَا خَطَرَ لِمِلْكِ الحَرْبِيِّ، فإن قيل: لو خرجت حاملًا اعتدت بالإجماع، ولو لم يكن لملكه خطر لما وجبت العدة في صورة الحمل أيضـًا.

قلنا: هناك لا تعتد ولكنها لا تتزوج؛ لأن في بطنها ولد ثابت النسب، وهذا كما قيل: أن فراش أم الولد لا يمنع التزويج، ولو كان في بطنها ولد لم يجز.

فإن قيل: أبلغ ما في الباب أن يكون سقوط الحرمة بتباين الدارين في حكم السقوط بالموت، وهناك وجبت العدة.

قلنا: إن الموت لا يُوجب سقوط الحرمات أصلًا، فإن التركة مبقاة على أصل ملكه، وإنما أَسْقطَ الموتُ الحرمةَ في حقيقة صفة مالكيته وذلك منقطع بالموت، حتى لا يصح منه إضافة الطلاق إلى ما بعد الموت، ولكن بقيت المحال المملوكة على حكم ملكه لبقاء الحرمة حقيقةً وحكمـًا، فلزمتها العدة بحكم الملك لا بحقيقته، وبتباين الدارين اسقطت الحرمة حقيقةً وحكمـًا، حتى أن المرتد الذي يلحق بدار الحرب يصير بمنزلة الميت حكمـًا،

حَمْلَهَا كَمَا فِي الحُبْلَى مِنَ الزِّنَا، وَجْهُ الأَوَّلِ أَنَّهُ ثَابِتُ النَّسَبِ فَإِذَا ظَهَرَ الفِرَاشُ فِي حَقِّ النَّسَبِ يَظْهَرُ فِي حَقِّ المَنْعِ مِنَ النِّكَاحِ احْتِيَاطًا.

قَالَ: (وَإِذَا ارْتَدَّ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ عَنِ الإِسْلَامِ وَقَعَتِ الفُرْقَةُ بِغَيْرِ طَلَاقٍ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إِنْ كَانَتِ الرِّدَّةُ مِنَ الزَّوْجِ فَهِيَ فُرْقَةٌ بِطَلَاقٍ، هُوَ يَعْتَبِرُهُ بِالإِبَاءِ وَالجَامِعُ مَا بَيَّنَّاهُ، وَأَبُو يُوسُفَ مَرَّ عَلَى مَا أَصَّلْنَا لَهُ فِي الإِبَاءِ،

فيورث أملاكه ويعتق مدبروه، فأوجب الزوال لا إلى أثر ملكه، كذا في «الأسرار».

قوله: فَإِذَا ظَهَرَ الفِرَاشُ فِي حَقِّ النَّسَبِ يَظْهَرُ فِي حَقِّ المَنْعِ مِنَ النِّكَاحِ، وهذا هو الأصح، بخلاف الحبل من الزناء؛ لأن الحبل من الزنا لا نسب له، وهنا النسب ثابت من الحربي، وباعتبار ثبوت النسب المحل مشغول، فلهذا لا يصح النكاح ما لم يفرغ المحل عن حق الغير، كذا في «المبسوط».

قوله: وَإِذَا ارْتَدَّ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ عَنِ الإِسْلَامِ وَقَعَتِ الفُرْقَةُ، سواءٌ دخل بها أو لم يدخل بها عندنا، وعند الشافعي رحمه الله إن كان لم يدخل بها فكذلك، وإن كان بعد الدخول يتوقف انقطاع النكاح على انقضاء ثلاث حيض، بناء على أصله على ما مرَّ، وسواء كانت امرأته مسلمةً أو كتابيةً أو مجوسيةً، فصورة المسألة في المسلمة والكتابية ظاهرة، وأمَّا صورة المجوسية فهي ما إذا كان الزوج كتابيًا والمرأة مجوسية، فأسلم الزوج ثم ارتد عن الإسلام بانت منه؛ لأن النكاح بعد إسلامه باقٍ ما لم يفرق القاضي بينهما، ألا ترى أنها لو أسلمت كانا على نكاحهما فتفردُه بالردة في حال بقاء النكاح مُوجب للفرقة.

وقال ابنُ أبي ليلى رحمه الله: لا تقع الفرقة بردة أحدهما قبل الدخول ولا بعده حتى يستتاب المرتد، فإن تابَ فهي امرأته، وإن مات أو قتل على ردَّته ورثته، وجعل على هذا قياس إسلام أحد الزوجين.

ولكنا نقول: الردَّة تنافي النكاح، واعراض السبب المنافي للنكاح موجب للفرقة بنفسه كالمحرمية، وأمَّا اختلاف الدين فعينه لا ينافي النكاح حتى يجوز ابتداء النكاح بين المسلم

وَأَبُو حَنِيفَةَ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا، وَوَجْهُ الفَرْقِ أَنَّ الرِّدَّةَ مُنَافِيَةٌ لِلنِّكَاحِ لِكَوْنِهَا مُنَافِيَةً لِلْعِصْمَةِ وَالطَّلَاقُ رَافِعٌ فَتَعَذَّرَ أَنْ تُجْعَلَ طَلَاقًا، بِخِلَافِ الإِبَاءِ؛ لِأَنَّهُ يَفُوتُ الإِمْسَاكُ بِالمَعْرُوفِ فَيَجِبُ التَّسْرِيحُ بِالإِحْسَانِ عَلَى مَا مَرَّ، وَلِهَذَا تَتَوَقَّفُ الفُرْقَةُ بِالإِبَاءِ عَلَى القَضَاءِ وَلَا تَتَوَقَّفُ بِالرِّدَّةِ.

والكتابية، وكذلك الإسلام لا ينافي النكاح فإن النكاح نعمة وبالإسلام تصير النعم محرزة له، فكذلك لا تقع الفرقة هناك إلا بقضاء القاضي، كذا في «المبسوط».

وذكر في «المحيط»: إذا ارتدَّ أحد الزوجين وقعت الفرقة بينهما في الحال، هذا هو جواب ظاهر الرواية، وأمَّا بعض مشايخ بلخ وبعض مشايخ سمرقند فكانوا يفتون بعدم الفرقة بارتداد المرأة حسمًا لباب المعصية، وعامتهم على أنه تقع الفرقة إلا أنَّها تجبر على الإسلام والنكاح مع زوجها الأول؛ لأن الحسم يحصل بالجبر على النكاح مع الأول، ومشايخ بُخارى كانوا على هذا.

قوله: وَوَجْهُ الفَرْقِ أَنَّ الرِّدَّةَ مُنَافِيَةٌ لِلنِّكَاحِ؛ لما ذكرنا أن الفرقة بالردة لفوات صفة الحل وذلك مناف للنكاح، ألا ترى أن الفرقة لا تتوقف على قضاء القاضي فكان نظير المحرمية، وقد ذكرناه من «المبسوط».

فإن قلتَ: لو كانت الردة منافية للنكاح كالمحرمية ينبغي أن لا يقع طلاق المرتد إذا طلق امرأته بعد الارتداد كما في المحرمية، ومع هذا لو طلقها يقع بالاتفاق على ما يجيء في سير هذا الكتاب.

قلتُ: فقد أشار في «الأسرار» إلى أن ردَّة أحد الزوجين سبب موجب للفرقة على سبيل المنافاة حكمًا لا وضعًا، بدليل أن الردة اسم لتبديل الدين لا لقطع النكاح شرعًا ووضعًا، ولذلك يصح في غير النكاح، ولأن الفرقة عقيب الردة بلا فصل واقعة بالإجماع في غير المدخول بها، ثبت أنها وقعت لمنافاة بينهما حكمًا؛ إذ لا ثالث هاهنا، وإذا كان كذلك كانت المحلية باقية من حيث الوضع والحقيقة لانعدام تأبيد الحرمة، فكانت المرتدةُ

(ثُمَّ إِنْ كَانَ الزَّوْجُ هُوَ المُرْتَدُّ فَلَهَا كُلُّ المَهْرِ إِنْ دَخَلَ بِهَا وَنِصْفُ المَهْرِ إِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا، وَإِنْ كَانَتْ هِيَ المُرْتَدَّةُ فَلَهَا كُلُّ المَهْرِ إِنْ دَخَلَ بِهَا،

في العدة محلًّا للطلاق وغير باقية من حيث الحكم، فجعلناه فسخًا عملًا بالشبهين، بخلاف الحرمة الثابتة بالمحرمية؛ لأنها مؤبَّدة فكانت منافية للنكاح من كل وجهٍ فلم تبق محلًّا للطلاق لانعدام فائدة أثر الطلاق.

وحاصله أن الفرقه إذا وقعت بين الزوج وامرأته بخيار البلوغ، أو بخيار العتاقة بعد الدخول، ووجبت عليها العدة فلو طلقها في هذه العدة لا يقع عليها، في «المنتقى»: لأنه فسخ والعقد إذا فسخ يجعل كأنه لم يكن.

وقال في «المحيط»: والأصل أن المعتدة بعد الطلاق تلحقها الطلاق، والمعتدة بعد الوطء لا يلحقها الطلاق.

ولو أسلم أحد الزوجين لا يقع على الآخر طلاقه، وكل فرقة توجب الحرمة مؤبّدًا فإن الطلاق لا يلحق المرأة، وكذا لو اشترى منكوحته لم يلحقها الطلاق، هذا المجموع من «الخلاصة».

وذكر في «المحيط»: وكل فرقة توجب التحريم مؤبدًا فإن الطلاق لا يلحق المرأة؛ لأنه لم يظهر له أثر، وإذا ارتد الرجل ولحق بدار الحرب لم يقع على المرأة طلاق؛ لأن تباين الدارين مناف للنكاح، فكان منافيًا للطلاق الذي هو من أحكام النكاح، فإن عاد إلى دار الإسلام وهي في العدة وقع عليها الطلاق؛ لأن المنافي وهو تباين الدارين قد ارتفع، ومحلية الطلاق بالعدة وإنَّها قائمة فيقع الطلاق، وإذا ارتدت المرأة ولحقت بدار الحرب لم يقع طلاق الزوج عليها عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن العدة قد سقطت عنها عنده لفوات المحلية؛ لأن من كان في دار الحرب فهو كالميت في حقنا، وبقاء الشيء في غير محله مستحيل، والعدة متى سقطت لا تعود إلا بعود سببها، بخلاف الفصل الأول؛ لأن هناك العدة باقية ببقاء محلها لأنها في دار الإسلام، إلا أن تباين الدارين كان مانعًا وقوع الطلاق، فإذا ارتفع المانع والعدة باقية وقعَ، وقال أبو يوسف رحمه الله: يقع الطلاق؛ لأن العدة باقية عنده.

وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا فَلَا مَهْرَ لَهَا وَلَا نَفَقَةَ)؛ لِأَنَّ الْفُرْقَةَ مِنْ قِبَلِهَا.

قَالَ: (وَإِذَا ارْتَدَّا مَعًا ثُمَّ أَسْلَمَا مَعًا فَهُمَا عَلَى نِكَاحِهِمَا) اسْتِحْسَانًا، وَقَالَ زُفَرُ: يَبْطُلُ؛ لِأَنَّ رِدَّةَ أَحَدِهِمَا مُنَافِيَةٌ، وَفِي رِدَّتِهِمَا رِدَّةُ أَحَدِهِمَا، وَلَنَا مَا رُوِيَ أَنَّ بَنِي حَنِيفَةَ ارْتَدُّوا ثُمَّ أَسْلَمُوا، وَلَمْ يَأْمُرْهُمُ الصَّحَابَةُ - رِضْوَانُ اللهِ عَلَيْهِمْ أَجْمَعِينَ - بِتَجْدِيدِ

وذكر في طلاق «المبسوط» من حيث المعنى: إذا ملك أحد الزوجين الآخر وقعت الفرقة بغير طلاق، ثم لا يقعُ طلاقه عليها؛ لأن ملك رقبتها كما ينافي أصل ملك النكاح ينافي ملك اليد بسبب النكاح، وبه كانت محلًّا لوقوع الطلاق عليها، فلهذا لا يقع طلاقه عليها.

قوله: وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا فَلَا مَهْرَ لَهَا وَلَا نَفَقَةَ، فإن قيل: **قوله:** فَلَا مَهْرَ، مستقيم فما فائدة ذكر: وَلَا نَفَقَةَ؛ إذا المسلمة إذا كانت غير مدخوله ووقعت الفرقة فلا تجب النفقة على زوجها، فحينئذٍ لا يرتاب أحد في عدم وجوب النفقة للمرتدة إذا كانت غير مدخولة.

قلنا: **قوله:** وَلَا نَفَقَةَ، راجع إلى ما ذكر قبله وهو **قوله:** وَإِنْ كَانَتْ هِيَ الْمُرْتَدَّةُ فَلَهَا كُلُّ الْمَهْرِ إِنْ دَخَلَ بِهَا، ولكن لا نفقة لها؛ لِأَنَّ الْفُرْقَةَ مِنْ قِبَلِهَا.

قوله: وَلَنَا مَا رُوِيَ أَنَّ بَنِي حَنِيفَةَ ارْتَدُّوا، وحَنِيفة أبو حَيٍّ من العرب، وهو حنيفة بن لجيم بن صعب بن علي بن بكر بن وائل، كذا في «الصَّحاح».

قوله: لِجَهَالَةِ التَّارِيخِ، جوابٌ لسؤال وهو ما ذكره فخر الإسلام في «مبسوطه» بقوله:

فإن قيل: إن ارتدادهم ما كان جملة بالإجماع فكيف يستقيم التعليق به؟

قلنا: عند جهالة التاريخ بالتقدّم والتأخّر يجعل في الحكم كأنه وجد جملة؛ ولأن ردتهم كانت لمنع الزكاة على أعتقاد أنَّها ليست بواجبة، والمنع كان قائمًا بالمنَعة جملة، فصار بمنزلة فعل واحد فلا يُوصف بالتقدم والتأخر.

وفي «المبسوط»: والمعنى فيه أنه لم يختلف بهما دين ولا دار فيبقى ما كان بينهما على ما كان، كما إذا أسلما الكافران معًا.

الأَنْكِحَةِ، وَالِارْتِدَادُ مِنْهُمْ وَاقِعٌ مَعًا لِجَهَالَةِ التَّارِيخِ، وَلَوْ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا بَعْدَ الِارْتِدَادِ مَعًا فَسَدَ النِّكَاحُ بَيْنَهُمَا لِإِصْرَارِ الآخَرِ عَلَى الرِّدَّةِ؛ لِأَنَّهُ مُنَافٍ كَابْتِدَائِهَا.

والفقه فيه أن وقوع الفرقة عند ردَّة أحدهما لظهور خبثه عند المقابلة بطيب المسلم، فإذا ارتدا معًا لا يظهر هذا الخبث بالمقابلة؛ لأنه يقابل الخبث بالخبث، واعتبار البقاء بالابتداء فاسد؛ فإن عدة الغير يمنع ابتداء النكاح ولا يمنع البقاء.

فإن أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا وقعت الفرقة بينهما بِإِصْرَارِ الآخَرِ عَلَى الرِّدَّةِ؛ لظهور خبثه الآن عند المقابلة بطيب الآخر، حتى إن كانت المرأة هي التي أسلمت قبل الدخول فلها نصف الصداق، وإن كان الزوج هو الذي أسلم فلا شيء لها؛ لأن الفرقة من جانب من أصرَّ على الردة، فإنَّ إصراره بعد إسلام الآخر كإنشاء الردَّة، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

بَابُ القَسْمِ

(وَإِذَا كَانَ لِلرَّجُلِ امْرَأَتَانِ حُرَّتَانِ فَعَلَيْهِ أَنْ يَعْدِلَ بَيْنَهُمَا فِي القَسْمِ

باب القسم

لمَّا ذكر جواز نكاح عددٍ من النساء لم يكن بد من بيان العدل الوارد من الشارع في حقهنَّ، وهذا بابُه، ولكن اعتراض ما هو أهم منه من بيان جواز النكاح وعدمه الراجعين إلى أمر الفروج وغيرها، أوجبَ تأخيره.

القَسم: بالفتح مصدر قسمَ القسَّامُ المالَ بين الشركاء، فرَّقه بينهم وعيَّن أنصبائهم، ومنه القَسم بين النساء.

وأما القِسم بالكسر فهو النصيب، مثل طحنتُ طحنًا، والطحين الدقيق، والقسمةُ اسم للمقاسمة والتقاسم، كذا في «الصحاح»، و«المغرب».

قوله: وَإِذَا كَانَ لِلرَّجُلِ امْرَأَتَانِ حُرَّتَانِ فَعَلَيْهِ أَنْ يَعْدِلَ بَيْنَهُمَا، اعلم بأن الزوج مأمور بالعدل في القسمة بين النساء، وذلك ثابت بالكتاب والسنة، أمَّا الكتاب فقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُواْ فَوَٰحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْۚ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰٓ أَلَّا تَعُولُواْ ۝﴾ [النساء: ٣]، معناه: أن لا تجوروا، وقوله تعالى: ﴿وَلَن تَسْتَطِيعُوٓاْ أَن تَعْدِلُواْ بَيْنَ ٱلنِّسَآءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْۖ فَلَا تَمِيلُواْ كُلَّ ٱلْمَيْلِ﴾ [النساء: ١٢٩]، معناه: ولن تستطيعوا العدل والتسوية في المحبة فلا تميلوا في القسم.

وأمَّا السنة فهي المذكورة في الكتاب، كذا في «المبسوط»، و«الإيضاح».

بِكْرَيْنِ كَانَتَا أَوْ ثَيِّبَيْنِ أَوْ إِحْدَاهُمَا بِكْرًا وَالأُخْرَى ثَيِّبًا) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ كَانَتْ لَهُ امْرَأَتَانِ وَمَالَ إِلَى إِحْدَاهُمَا فِي القَسْمِ جَاءَ يَوْمَ القِيَامَةِ وَشِقُّهُ مَائِلٌ» وَعَنْ عَائِشَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهَا - «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - كَانَ يَعْدِلُ فِي القَسْمِ بَيْنَ نِسَائِهِ، وَكَانَ يَقُولُ: اَللَّهُمَّ هَذَا قَسْمِي فِيمَا أَمْلِكُ فَلَا تُؤَاخِذْنِي فِيمَا لَا أَمْلِكُ» يَعْنِي زِيَادَةَ المَحَبَّةِ، وَلَا فَصْلَ فِيمَا رَوَيْنَا (وَالقَدِيمَةُ وَالجَدِيدَةُ سَوَاءٌ)

قوله: وَالقَدِيمَةُ وَالجَدِيدَةُ سَوَاءٌ، احتراز عن قول الشافعي رحمه الله فإنه يقول: إن كانت الجديدة بكرًا يفضلها بسبع ليال، وإن كانت ثيباً فبثلاث، ثم التسوية بعد ذلك؛ لحديث أبي هرير رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «تفضل البكر بسبع والثيب بثلاث».

وحجتنا في ذلك أن سبب وجوب التسوية اجتماعهما في نكاحه، وذلك بنفس العقد، ولو وجب تفضيل أحدهما لكانت القديمة أولى بذلك؛ لأن الوحشة في جانبها أكثر حيث أدخل عليها غيرها، فإن ذلك يغيظها عادةً؛ ولأن للقديمة زيادة حرمة بالخدمة كما قيل: لكل جديد لذة، ولكل قديم حرمة.

فأمَّا الحديث فالمراد التفضيل بالبداية دون الزيادة، لما ذكر في حديث أم سلمة رضي الله عنها: «إن شئت سبعت لك وسبعت لهنَّ»، ونحن به نقول أن للزوج أن يبدأ بالجديدة ولكن بعد أن يُسوِّي بينهما، كذا في «المبسوط».

قوله: بِكْرَيْنِ كَانَتَا أَوْ ثَيِّبَيْنِ، وكذلك المسلمة والكافرة، والمراهقة والبالغة، والمجنونة والعاقلة، والمريضة والصحيحة، كل واحدة منهن في استحقاق القسم على السواء، للمساواة بينهما في سبب استحقاق هذا الحق، وهو الحل الثابت بالنكاح، وكذلك في طرف الرجل المجبوبُ، والخصيّ، والعنين في القسمة بين النساء سواء؛ لما يجيء أن وجوب العدل في الصحبة والمؤانسة دون المجامعة، وحال هؤلاء في هذا كحال الفحل، وكذلك الغلام الذي لم يحتلم إذا دخلَ بامرأتين له فإنه يسوّي بينهما في القسم؛ لأن وجوب التسوية لحق النساء، وحقوق العباد يتوجه على الصبيان عند تقرر السبب كما يتوجه على البالغين،

لِإِطْلَاقِ مَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّ القَسْمَ مِنْ حُقُوقِ النِّكَاحِ وَلا تَفَاوُتَ بَيْنَهُنَّ فِي ذَلِكَ، وَالِاخْتِيَارُ فِي مِقْدَارِ الدَّوْرِ إِلَى الزَّوْجِ؛ لِأَنَّ المُسْتَحَقَّ هُوَ التَّسْوِيَةُ دُونَ طَرِيقِهِ، وَالتَّسْوِيَةُ المُسْتَحَقَّةُ فِي البَيْتُوتَةِ لا فِي المُجَامَعَةِ؛ لِأَنَّهَا تُبْتَنَى عَلَى النَّشَاطِ.

(وَإِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا حُرَّةً وَالأُخْرَى أَمَةً فَلِلْحُرَّةِ الثُّلُثَانِ مِنَ القَسْمِ وَلِلْأَمَةِ الثُّلُثُ) بِذَلِكَ وَرَدَ الأَثَرُ، وَلِأَنَّ حِلَّ الأَمَةِ أَنْقَصُ مِنْ حِلِّ الحُرَّةِ فَلَا بُدَّ مِنْ إِظْهَارِ النُّقْصَانِ

كذا في «المبسوط».

قوله: جَاءَ يَوْمَ القِيَامَةِ وَشِقُّهُ مَائِلٌ، ورواية «المبسوط»: وأحد شقيه مائل، يقال: له شق مائل، أي: مفلوج، كذا في «المغرب».

ألحق الوعيد بمقابلة ميل إحداهما، فدلَّ إلحاق الوعيد على أن العدل بينهما واجب؛ إذ الوعيد إنما يلزم عند ترك الواجب.

قوله: وَلِأَنَّ القَسْمَ مِنْ حُقُوقِ النِّكَاحِ - كالنفقة - وَلا تَفَاوُتَ بَيْنَهُنَّ فِي ذَلِكَ؛ لما أن حكم الحل والاستحقاق على السواء، فكذا في الحكم المرتب عليه.

قوله: وَالِاخْتِيَارُ فِي مِقْدَارِ الدَّوْرِ إِلَى الزَّوْجِ؛ أي: يجعل الزوج لكل واحدة منهن ليلة ليلة، أو ليلتين ليلتين أو أكثر.

قوله: لِأَنَّ المُسْتَحَقَّ هُوَ التَّسْوِيَةُ دُونَ طَرِيقِهَا، أي: لا طريق التسوية، أي: ليس للمرأة أن تقول: ليلة لي وليلة أخرى لضرتي، ولا أجوز أن تبيت عندي ليلتين وعندها ليلتين، لما أن قدر الدور مفوض إلى الزوج لا إلى المرأة.

قوله: وَالتَّسْوِيَةُ المُسْتَحَقَّةُ فِي البَيْتُوتَةِ لا فِي المُجَامَعَةِ؛ لأن ذلك شيء يُبتنى على النشاط فلا يقدر على اعتبار المساواة فيه، وهو نظير المحبة بالقلب، فلمَّا كان كذلك لا يسقط وجوب القسم بمرضه؛ لأنه يقدر على البيتوتة وإن لم يقدر على الجماع، وكذلك لا يسقط بمرضها؛ لما رُوي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استأذن نساءه في مرضه أن يكون

فِي الحُقُوقِ، وَالمُكَاتَبَةُ وَالمُدَبَّرَةُ وَأُمُّ الوَلَدِ بِمَنْزِلَةِ الأَمَةِ؛ لِأَنَّ الرِّقَّ فِيهِنَّ قَائِمٌ.

قَالَ: (وَلَا حَقَّ لَهُنَّ فِي القَسْمِ حَالَةَ السَّفَرِ فَيُسَافِرُ الزَّوْجُ بِمَنْ شَاءَ مِنْهُنَّ، وَالأَوْلَى أَنْ يَقْرَعَ بَيْنَهُنَّ فَيُسَافِرُ بِمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: القُرْعَةُ مُسْتَحَقَّةٌ، لِمَا

في بيت عائشة رضي الله عنها، فأذن له في ذلك فكان في بيتها حتى قبض صلى الله عليه وسلم، ففي هذا دليل على أن الصحيح والمريض في القسمة سواء، وأن عند الإذن له أن يقيم عند إحداهن، كذا في «مبسوطي شمس الأئمة وفخر الإسلام» رحمهما الله.

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: القُرْعَةُ مُسْتَحَقَّةٌ، والكلام هاهنا في فصلين:

أحدهما: أن له أن يسافر بأيّتهن شاء من غير إقراع بينهما عندنا، وعند الشافعي رحمه الله ليس له ذلك إلا أن يقرع بينهما.

والثاني: أنه إذا سافر ببعضهن بغير إقراع ليس للباقيات بعد الرجوع الاحتساب عليه بتلك المدة عندنا، وقال الشافعي رحمه الله: إن سافر ببعضهن بغير إقراع فذلك محسوب عليه في حق الأخرى، وهذا الفصل بناء على الفصل الأول؛ لأن الإقراع مستحق عليه عنده فإذا لم يفعل ذلك كانت مدة سفره نوبة التي كانت معه، فينبغي أن يكون عند الأخرى مثل ذلك لتحقق العدل.

ولكنا نقول: وجوب التسوية في وقت استحقاق القسم عليه، وقد بينا أنه لا حقَّ للمرأة في القسم في حال سفر الزوج، فلا يلزمه مراعاة التسوية باعتبار تلك المدَّة، ألا ترى أن في حالة الحضر لا فرق بين أن تكون البداية بإقراع أو بغير إقراع، فكذلك في السفر.

ولو أقام عند إحداهما شهرًا، أي: في غير حالة السفر ثم خاصمته الأخرى في ذلك قضى عليه أن يستقبل العدل بينهما، وما مضى فهو هدرٌ غير أنه فيه آثم؛ لأن القسمة تكون بعد الطلب من كل واحدة منهما، فما مضى قبل الطلب ليس من القسمة في شيء، والواجب عليه العدل في القسمة، فإن عاد للجور بعد ما نَهاه القاضي أَوْجَعه عقوبة وأمره بالعدل؛ لأنه أساء الأدب فيما صنع وارتكب ما هو حرام عليه وهو الجور فيعزر في ذلك ويُؤمر بالعدل.

رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - كَانَ إِذَا أَرَادَ سَفَرًا أَقْرَعَ بَيْنَ نِسَائِهِ» إِلَّا أَنَّا نَقُولُ: إِنَّ الْقُرْعَةَ لِتَطْيِيبِ قُلُوبِهِنَّ فَيَكُونُ مِنْ بَابِ الِاسْتِحْبَابِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لِلْمَرْأَةِ عِنْدَ مُسَافَرَةِ الزَّوْجِ؛ أَلَا يَرَى أَنَّ لَهُ أَنْ لَا يَسْتَصْحِبَ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ فَكَذَا لَهُ أَنْ يُسَافِرَ بِوَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ وَلَا يُحْتَسَبُ عَلَيْهِ بِتِلْكَ الْمُدَّةِ.

ولو أن عند الرجل امرأة فدخلت في سنِّها، أي: كَبِرت فأراد أن يستبدل بها شابَّة فطلبت أن يمسكها ويتزوج الأخرى، ويُقيم عند التي يتزوج أيَّامًا ويقيم عندها يومـًا، فتزوج على هذا الشرط كان جائزًا لا بأس به؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنِ ٱمۡرَأَةٌ خَافَتۡ مِنۢ بَعۡلِهَا نُشُوزًا أَوۡ إِعۡرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يُصۡلِحَا بَيۡنَهُمَا صُلۡحًاۚ﴾ [النساء: ١٢٨]، قال علي رضي الله عنه: «إنما نزلت هذه الآية في هذا».

وإذا كانت للرجل امرأة واحدة فكان يقوم بالليل ويصوم بالنهار، فاستعدت[(١)] عليه امرأته فإنه يُؤمر بأن يبيتَ معها وأن يفطر لها، بلغنا عن عُمر رضي الله عنه أنه قال لكعب بن سود: اقض بينهما، فقال: أراها إحدى نسائه الأربع له ثلاثة أيَّام ولياليهن ولها يوم وليلة، وقصَّة هذا الحديث: «أن امرأة جات إلى عُمر رضي الله عنه فقالت: إن زوجي يصوم بالنهار ويقوم بالليل، فقال: نعم الرجل زوجك، فأعادت كلامها مرارًا، في كل ذلك يجيبها عُمر بذلك، فقال كعب ابن سود: يا أمير المؤمنين إنَّها تشكوا زوجها في أنه هجر صحبتها، فتعجَّب عُمر رضي الله عنه من فطنته فقال: اقض بينهما، فقضى كعب بما ذكر، فولاه عُمر قضاء البصرة».

ثم في ظاهر الرواية لا يتعين حقّها في يوم وليلة من كل أربع ليال، ولكنه يؤمر الزوج بأن يراعي قلبها ويثبت معها أحيانًا من غير أن يكون في ذلك شيء مؤقت.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله قال: إذا كان للرجل امرأة واحدة يشتغل عنها بالصيام والقيام، أو بصحبة الإماء فخاصمته في ذلك، قضى القاضي لها بليلة من كل

---

(١) في هامش نسخة دار الكتب القطرية (قط): استعدى فلان الأميرَ على من ظلمه، أي: استعان به فأعداه عليه، أي: أعانه ونصره.

(وَإِنْ رَضِيَتْ إِحْدَى الزَّوْجَاتِ بِتَرْكِ قَسْمِهَا لِصَاحِبَتِهَا جَازَ)؛ «لِأَنَّ سَوْدَةَ بِنْتَ زَمْعَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهَا - سَأَلَتْ رَسُولَ اللهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَنْ يُرَاجِعَهَا وَتَجْعَلَ يَوْمَ نَوْبَتِهَا لِعَائِشَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهَا -» (وَلَهَا أَنْ تَرْجِعَ فِي ذَلِكَ)؛ لِأَنَّهَا أَسْقَطَتْ حَقًّا لَمْ يَجِبْ بَعْدُ فَلَا يَسْقُطُ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

أربع ليال؛ لحديث كعب بن سود رضي الله عنه؛ ولأن للزوج أن يسقط حقها عن ثلاث ليالٍ بأن يتزوج ثلاثاً سِواها، وليس له أن يسقط من حقها أكثر من ذلك.

ووجه ظاهر الرواية أن القسمة والعدل إنما يكون عند المزاحمة، ولا مزاحمة هاهنا حين لم يكن في نكاحه إلا واحدة؛ وهذا لأن عند المزاحمة تلحق كل واحدة منهما المغايظة بمقابلته عند الأخرى، فيستحق عليه التسوية، ولا يجب ذلك عند عدم المزاحمة، كذا في «المبسوط».

قوله: لِأَنَّهَا أَسْقَطَتْ حَقًّا لَمْ يَجِبْ بَعْدُ فَلَا يَسْقُطُ، لأن الإسقاط إنما يتحقق في القائم، ويكون رجوعها امتناعًا فصار بمنزلة العارية، وللمعير أن يرجع في العارية متى شاء لما قلنا، فكذا هذا، كذا في «مبسوط فخر الإسلام» رحمه الله، والله تعالى أعلم.

❋ ❋ ❋

كِتَابُ الرَّضَاعِ

قَالَ: (قَلِيلُ الرَّضَاعِ وَكَثِيرُهُ سَوَاءٌ إِذَا حَصَلَ فِي مُدَّةِ الرَّضَاعِ تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ)

كتابُ الرضاع

لم يذكر عامة مسائل الرضاع في فصل المحرمات، وأتى بكتاب له على حدة؛ لما أن له أحكامًا جمَّة مخصوصة به لا يشاركه فيها غيره.

ثم المعنى في تحريم الرضاع ما هو المعنى في تحريم المصاهرة بل أَوْلَى؛ لأن الأصل في التحريم فيهما هو الجزئية، ثم الوطئ هناك قد يكون معلقاً وقد لا يكون لاسيما في حق أسبابه من التقبيل، والمعانقة بشهوة، ولا جزئية فيها أصلًا، فحرم هناك باعتبار شبهة الجزئية، أو إقامة الأسباب مقام الجزئية، وهاهنا الجزئية ثابتة يقينًا؛ لما أن اللبن الذي هو جزء الآدمي يحصل به إنبات اللحم وإنشاز العظم، وإليه أشار النبيُّ صلى الله عليه وسلم فقال: «الرضاع ما أنبت اللحم وأنشز العظم»، فكان التحريم به أَوْلَى.

ثم الرضاع لغةً مصُّ اللبن من الثدي، وجعل في «الديوان» فتح الراء أصلًا، والكسر لغة فيه، وجعل الفعل من باب عَلِم أصلًا، وكونه من باب ضَرَبَ لغة فيه، وهو لغة أهل نجد، ومنه قول السَّلولي على هذه اللغة:

وذَمُّوا لنا الدنيا وهم يَرْضِعونَها * أَفاويقَ حتى ما يَدِرُّ لها ثُعَلُ(١)

(١) في هامش نسخة (ف١) نقلًا عن «الصحاح»: الثُعْلُ بالضم: خِلْفٌ زائدٌ صغير في أَخْلافِ الناقة وفي ضرع الشاة، وإنّما ذكر الثُعَلَ للمبالغة في الارتضاع، والثُعْلُ لا يُدِرُّ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: لا يَثْبُتُ التَّحْرِيمُ إِلَّا بِخَمْسِ رَضَعَاتٍ، لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -: «لا تُحَرِّمُ المَصَّةُ وَلا المَصَّتَانِ وَلا الإِمْلَاجَةُ وَلا الإِمْلَاجَتَانِ»، وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] الآيَةَ، وَقَوْلُهُ

الفيقة: بالكسر اسم اللبن الذي يجتمع بين الحلبتين، صارت الواو ياءً لكسرة ما قبلها، والجمع فِيَق ثم أفواق ثم أفاويق، الثُّعل: زيادة في الأخلاق، أي: الضروع، بهذا يهجوا العلماء، وإنما ذكر الثعل للمبالغة في الارتضاع؛ لأن الثعل لا يَدِرُّ.

وفي الشريعة عبارة مصّ شخص مخصوص، وهو أن يكون صبيًّا رضيعًا من ثدي مخصوص وهو ثدي الآدمية، في وقت مخصوص وهو ما يُذكر بعد.

قوله: لا يَثْبُتُ التَّحْرِيمُ إِلَّا بِخَمْسِ رَضَعَاتٍ، أي: بخمس رضعات يكتفي الصبي بكل واحدة منها، كذا في «المبسوط».

قوله: لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لا تُحَرِّمُ المَصَّةُ وَلا المَصَّتَانِ وَلا الإِمْلَاجَةُ وَلا الإِمْلَاجَتَانِ»، المصة من فعل الرضيع، والإملاجة من فعل المرضع، يقال: ملِج الصبي أمَّه، من باب علِم، أي: رضعها، وأملجت المرأةُ، أي: أرضعته.

ثم وجه التمسك له بهذا الحديث لا يتم إلا بنفي مذهبنا، وهو ثبوت حرمة الرضاع وإن قل الارتضاع، لكن لما انتفى به مذهبنا يثبت مذهبه ضرورة؛ لعدم القائل بالفصل، أي: بين القليل وبين خمس رضعات.

وقول من قال من أصحاب الظواهر بثلاث رضعاتٍ غير معتبر، فلا يقدح له في وجه التمسك به كما ذكرنا.

ويتمسَّك أيضـًا بحديث عائشة رضي الله عنها أنَّها قالت: «كان ممَّا أنزل الله تعالى في القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن، فنسخن بخمس رضعات معلومات يحرمن»، وكان ذلك ممَّا يتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم.

قوله: وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ الآيَةَ، أثبت الحرمة بفعل

- عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ» مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ، وَلِأَنَّ الحُرْمَةَ وَإِنْ كَانَتْ لِشُبْهَةِ البَعْضِيَّةِ الثَّابِتَةِ بِنُشُوءِ العَظْمِ وَإِنْبَاتِ اللَّحْمِ لَكِنَّهُ أَمْرٌ مُبْطَنٌ فَتَعَلَّقَ الحُكْمُ بِفِعْلِ الإِرْضَاعِ، وَمَا رَوَاهُ مَرْدُودٌ بِالكِتَابِ أَوْ مَنْسُوخٌ بِهِ، وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ فِي مُدَّةِ الرَّضَاعِ لِمَا نُبَيِّنُ.

الإرضاع، فاشتراط العدد فيه يكون زيادةً على النص، ومثله لا يثبت بخبر الواحد، وفي حديث علي رضي الله عنه: «أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: الرضاع قليله وكثيره سواء»، يعني في إيجاب الحرمة؛ ولأن هذا سبب من أسباب التحريم فلا يشترط فيه العدد كالوطئ.

وأمَّا حديث عائشة رضي الله عنها فضعيف جدًّا؛ لأنه إذا كان متلوًّا بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم، ونسخ التلاوة بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يجوز، فلماذا لا يتلى الآن؟

وذكر في الحديث: دخل داجن البيت فأكله، وهو يقوي قول الروافض، فإنهم يقولون: كثير من القرآن ذهب بعد موت رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولم يثبته الصحابة في المصحف، وهو قول باطل بالإجماع.

ثمَّ لو ثبت هذا الحديث إنما كان ثبوته في الوقت الذي كان إرضاع الكبير مشروعًا؛ لما أن إنبات اللحم وإنشاز العظم في حق الكبير لا يحصل بالرضعة الواحدة، فكان العدد مشروعًا فيه، ثم انتسخ بانتساخ حكم إرضاع الكبير، كذا في «المبسوط».

قوله: «يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ»، فالنبي صلى الله عليه وسلم شبَّه هذه الحرمة بحرمة النسب، وتلك الحرمة لم تعلق بتكرر السبب وهو الوطئ، بل تثبت بنفس الوطئ والنكاح، فدلت السببية على أن لا عبرة لتكرار المصة، كذا في «مبسوط فخر الإسلام».

قوله: وَإِنْ كَانَتْ لِشُبْهَةِ البَعْضِيَّةِ، جوابُ سؤال مقدر بأن يقال: ينبغي أن لا يثبت الرضاع بالقليل؛ لما أنَّ تحريم الرضاع إنما كان لإنشازه العظمَ وإنباته اللحمَ كما جاء في الحديث، وفي القليل لا يثبت ذلك فلا يُوجب الحرمة، فأجاب عنه **بقوله:** لَكِنَّهُ أَمْرٌ مُبْطَنٌ،

(ثُمَّ مُدَّةُ الرَّضَاعِ ثَلَاثُونَ شَهْرًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا سَنَتَانِ) وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَ زُفَرُ: ثَلَاثَةُ أَحْوَالٍ؛ لِأَنَّ الحَوْلَ حَسَنٌ لِلتَّحَوُّلِ مِنْ حَالٍ إِلَى حَالٍ، وَلَا بُدَّ مِنَ الزِّيَادَةِ عَلَى الحَوْلَيْنِ لِمَا نُبَيِّنُ فَيُقَدَّرُ بِهِ، وَلَهُمَا قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥] وَمُدَّةُ الحَمْلِ أَدْنَاهَا سِتَّةُ أَشْهُرٍ فَبَقِيَ لِلْفِصَالِ حَوْلَانِ، وَقَالَ النَّبِيُّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا رَضَاعَ بَعْدَ

أي: إنشاز العظم وإنباتُ اللحم، فلذلك تعلق الحكم بفعل الإرضاع كما في السفر والنوم، والإِنْشَارُ بالراء المهملة الإحياء، وفي التنزيل: ﴿ثُمَّ إِذَا شَآءَ أَنشَرَهُۥ﴾ [عبس: ٢٢]، ومنه: «لا رضاع إلا ما أنشرَ العظم وأنبت اللحم»، أي: قواه وشده كأنه أحياه، ويُروى بالزَّاي، كذا في «المغرب».

قوله: وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ: ثَلَاثَةُ أَحْوَالٍ - أي: ثلاث سنين - لِأَنَّ الحَوْلَ حَسَنٌ لِلتَّحَوُّلِ - أي: الحول صالح للتحول - مِنْ حَالٍ إِلَى حَالٍ، كما في أجل العنين؛ وهذا لأن الطباع أربعٌ: من الحرارة، والبرودة، والرطوبة، واليبوسة، فلا تتبدل العادةُ بالفصال إلا بسَنةٍ، فكان الحول صالحاً للزيادة على الحولين، فَقدِّرت الزيادة به، أي: بالحول، وهذا معنى ما قال في الكتاب، إلى هذا أشار في «الأسرار».

ولزُفر رحمه الله وجهٌ آخر فيه وهو أن يقول: لمَّا قدرت مدة الرضاع بحولين ونصف كما قال أبو حنيفة رضي الله عنه، فلا بد من الزيادة عليها بشيء؛ لأن الصبي لا يتعود أكل الطعام بعد الفطام بمرَّة واحدة، فاعتبرت تلك الزيادة بأقل مدة الحمل وهو ستة أشهر، وتعيين ذلك للمعنى الذي يجيء فلذلك كانت ثلاث سنين.

قوله: وَلَهُمَا قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾، الآية، والأوجه في التمسك لهما ما ذكر في «المبسوط» بقوله تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، ولا زيادة بعد التمام والكمال؛ لما أن هذه الآية نص

حَوْلَيْنِ» وَلَهُ هَذِهِ الآيَةُ، وَوَجْهُهُ أَنَّهُ تَعَالَى ذَكَرَ شَيْئَيْنِ وَضَرَبَ لَهُمَا مُدَّةً فَكَانَتْ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِكَمَالِهَا كَالأَجَلِ المَضْرُوبِ لِلدَّيْنَيْنِ، إِلَّا أَنَّهُ قَامَ المُنَقِّصُ فِي أَحَدِهِمَا فَبَقِيَ فِي الثَّانِي عَلَى ظَاهِرِهِ، وَلِأَنَّهُ لا بُدَّ مِنْ تَغَيُّرِ الغِذَاءِ لِيَنْقَطِعَ الإِنْبَاتُ

في بيان مدة الرضاع؛ لأن سوق الآية له، وما ذكر في الكتاب ظاهر؛ لأن سوق الآية لإثبات منَّة الوالدة على الولد، فالتمسك بالنصّ الذي سيق لإثبات المدعى أوْلَى، وقال الله تعالى: ﴿وَفِصَٰلُهُۥ فِي عَامَيْنِ﴾ [لقمان: ١٤]، ولا رضاع بعد الفصال.

قوله: وَلَهُ هَذِهِ الآيَةُ، وهو قوله: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْرًا﴾.

قوله: كَالأَجَلِ المَضْرُوبِ لِلدَّيْنَيْنِ، كما إذا قال: لفلان عليَّ ألف درهم وخمسة أقفزة حنطة إلى شهرين، يكون الشهران أجل كل واحد من الدينين بطريق الكمال.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ قَامَ المُنَقِّصُ فِي أَحَدِهِمَا، أي: في حق الحمل، والمنقِّص حديث عائشة رضي الله عنها وهو ما قالت: «الولد لا يبقي في بطن أمه أكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل».

فإن قلتَ: في التنقيص معنى التغيير والزيادة على النص، فلا يصح تغيير موجب الكتاب بخبر الواحد كما لا يصح تخصيصه ابتداءً بخبر الواحد؛ لما فيه من نوع تغيير.

قلتُ: نعم كذلك؛ إلا أن الكتاب مؤوَّل، والآية المؤولة في إثبات الحكم مثل القياس؛ وإنما قلنا ذلك لأن فخر الإسلام رحمه الله جعل الأجل المضروب للدَّينين متوزعًا عليهما، وكذلك عامة أهل التفسير، فكان هو مخالفًا لما ذكر هاهنا فقال: وفيه إشارة إلى أن أقل مدة الحمل ستة أشهر إذا رفعت مدة الرضاع، ذكره في أوائل «أصول الفقه»، كذا في «التيسير»، و«الكشاف» وغيرهما.

رُوي أن رجلًا تزوج امرأة فولدت لستة أشهر، فجيء بها إلى عثمان رضي الله عنه فشاور في رجمها فقال ابن عباس رضي الله عنهما: إن خاصمتكم بكتاب الله تعالى لخصمتكم، قالوا: كيف؟ قال: إن الله تعالى يقول: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْرًا﴾، وقال تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾، فحملها ستة أشهر وفصاله حولين

بِاللَّبَنِ وَذَلِكَ بِزِيَادَةِ مُدَّةٍ يَتَعَوَّدُ الصَّبِيُّ فِيهَا غَيْرَهُ فَقُدِّرَتْ بِأَدْنَى مُدَّةِ الحَمْلِ؛ لِأَنَّهَا مُغَيِّرَةٌ، فَإِنَّ غِذَاءَ الجَنِينِ يُغَايِرُ غِذَاءَ الرَّضِيعِ كَمَا يُغَايِرُ غِذَاءَ الفَطِيمِ، وَالحَدِيثُ مَحْمُولٌ عَلَى مُدَّةِ الِاسْتِحْقَاقِ، وَعَلَيْهِ يُحْمَلُ النَّصُّ المُقَيَّدُ بِحَوْلَيْنِ فِي الكِتَابِ.

قَالَ: (وَإِذَا مَضَتْ مُدَّةُ الرَّضَاعِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِالرَّضَاعِ تَحْرِيمٌ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا رَضَاعَ بَعْدَ الفِصَالِ» وَلِأَنَّ الحُرْمَةَ بِاعْتِبَارِ النُّشُوءِ وَذَلِكَ فِي المُدَّةِ

فتركها، كذا في «المبسوط»، و«التيسير».

قوله: فَقُدِّرَتْ بِأَدْنَى مُدَّةِ الحَمْلِ، وهي ستة أشهر؛ لأن تلك المدة مدة تغيير الغذاء، فإن الولد يبقى في بطن الأم ستة أشهر ويتغذى بغذاء الأُمّ، ثم ينفصل فيصير أصلًا في الغذاء فثبتَ أن مدة تغيير الغذاء ستة أشهر، كذا في «الإيضاح»، و«المحيط».

قوله: وَالحَدِيثُ مَحْمُولٌ عَلَى مُدَّةِ الِاسْتِحْقَاقِ، فإنَّما أبهم الاستحقاق؛ لأن بعضهم قالوا: المراد من قوله عليه الصلاة والسلام: «لا رضاع بعد الحولين» أي: لا يستحق الولد الرضاع، وقال بعضهم: المراد من الحديث نفي استحقاق الأجرة.

وقال في «المحيط»: وكثير من المشايخ قالوا: إن مدَّة الرضاع في حق استحقاق الأجرة على الأب مقدرةٌ بحولين عند الكل، حتى لا تستحق المطلقة أجرة الرضاع بعد الحولين بالإجماع، وتستحق في الحولين بالإجماع.

وذكر في «الأسرار»: وأمَّا الحديث فليس فيه بيان الحكم، وعينه غير مراد؛ لأن الرضاع عينه بعد الحولين ممَّا يوجد، فلئن جاز لهما الحمل على حكم الحرمة جاز لنا أن يحمل على حكم الوجوب.

قوله: وَإِذَا مَضَتْ مُدَّةُ الرَّضَاعِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِالرَّضَاعِ تَحْرِيمٌ، سواءٌ فطم أو لم يفطم، وقال بعض الناس: الكبير والصغير سواءٌ في حكم الرضاع، واحتجُّوا بظاهر النصوص وبقول عائشة رضي الله عنها، حتى كان إذا أراد أن يدخل عليها أحد من الرجال، أمرت أختها أم

إِذِ الكَبِيرُ لَا يَتَرَبَّى بِهِ، وَلَا يُعْتَبَرُ الفِطَامُ قَبْلَ المُدَّةِ إِلَّا فِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - إِذَا اسْتَغْنَى عَنْهُ، وَوَجْهُهُ انْقِطَاعُ النُّشُوءِ بِتَغَيُّرِ الغِذَاءِ وَهَلْ يُبَاحُ

كلثوم أو بعض بنات أختها أن ترضعه خمسًا، ثم كان يدخل عليها، إلا أن غيرها من نساءِ رسول الله صلى الله عليه وسلم كنَّ يأبين ذلك فيقلن: لا نرى هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلَّم إلا رخصة لسهلة خاصة، حيث قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: «ارضعي سالماً خمساً تحرمين بها عليه».

ولكنا نقول: انفسخ هذا الحكم بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «الرضاع ما أنبت اللحم وأنشز العظم»، وذلك في الكبير لا يحصل، والصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على هذا؛ ولأن الرَّضيع في اللغة اسم للصغير دون الكبير؛ لأنه سُمّي به لتربيته باللبن لا لوجود الفعل، ألا ترى أن الكبير لا يُسمى رضيعًا وإن شرب اللبنَ، ولمَّا لم يكن هو رضيعًا لم تكن المرأة مرضعة، واسم الرضيع بمنزلة اسم الصبي يزول بالكبر، وإن كان الكبيرُ قد يتصابى.

ورُوي أن أبا موسى الأشعري رضي الله عنه سُئل عن رضاع الكبير فأوجب الحرمة، ثم أتوا عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فسألوه عن ذلك فقال: «أترون هذا الأشمَط رضيعًا فيكم؟» فلمَّا بلغ أبا موسى حلف أن لا يفتي مادام عبد الله فيهم، وفي رواية: قال أبو موسى: لا تسألوني عن شيءٍ مادام هذا الحبر بين أظهركم.

وهذا كاسم المأكول لا يطلق على ما لا يتغذي به وإن أكل بل يقال: فلان أكل غير مأكول، ويطلق على المأكول وإن لم يؤكل؛ لأنه صالح للتغذي، فكذا اسم الرَّضيع للصغير الذي تربيته باللبن لضعفه، وإن رُبي بشيء آخر، كذا في «المبسوط»، و«الأسرار».

قوله: وَلَا يُعْتَبَرُ الفِطَامُ قَبْلَ المُدَّةِ، يعني إذا فطم الصبي قبل أن يمضي الحولان ثم سقى بعد ذلك لبن امرأة قبل أن يمضي الحولان فهو رضاع بالإجماع في ظاهر الرواية، وكذلك لو فُطم قبل أن يمضي حولان ونصف على قول أبي حنيفة رحمه الله، ثم أرضع في تلك المدة فهو رضاع أيضاً على قوله في ظاهر الرواية، وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه قال: هذا إذا لم يتعود الصبي الطعام، حتى لا يُكتفى به بعد هذا الطعام، فأمَّا إذا صار

الإِرْضَاعُ بَعْدَ المُدَّةِ؟ فَقِيلَ لا يُبَاحُ؛ لِأَنَّ إبَاحَتَهُ ضَرُورِيَّةٌ لِكَوْنِهِ جُزْءُ الآدَمِيِّ.

قَالَ: (وَيَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ) لِلْحَدِيثِ الَّذِي رَوَيْنَا (إِلَّا أُمَّ أُخْتِهِ مِنَ الرَّضَاعِ فَإِنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا) وَلا يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُمَّ أُخْتِهِ مِنَ النَّسَبِ؛ لِأَنَّهَا

بحيث يكتفي بالطعام لا تثبت الحرمة برضاعه؛ لأنه بعد ما صار بحيث يكتفي بالطعام فاللبن بعده لا يُغذّيه فلا يحصل به معنى البعضية، كذا في «المبسوط».

قوله: فَقِيلَ لا يُبَاحُ، وفي طريقة أبي اليُسر رحمه الله: لا يباح شربه للطفل إذا استغنى.

فإن قيل: يجوز للدواء، قلنا: بعض علمائنا لم يجوزوا، وبعضهم جوزوا إذا علم بأنه يزول به الرمد، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قوله: لِلْحَدِيثِ الَّذِي رَوَيْنَا، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ».

قوله: مِنَ الرَّضَاعِ، في **قوله:** أُمَّ أُخْتِهِ مِنَ الرَّضَاعِ، جاز أن يتعلق بالأمّ، وجاز أن يتعلق بالأخت، وجاز أن يتعلق بهما.

أمّا صورة تعلقه بالأمّ فهو أن يكون للرجل أخت من النسب، ولها أم من الرضاعة، فإنه يجوز له أَنْ يَتَزَوَّجَ أُمَّ أُخْتِهِ التي كانت أمها من الرضاعة.

وأمّا صورة تعلقه بالأخت فبأن يكون له أخت من الرضاعة ولها أم من النسب، فإنه يجوز له أن يتزوج أم أخته التي كانت أمها من النسب.

وأمّا صورة تعلقه بهما فبأن يجتمع الصبي والصبية الأجنبيّان في ثدي امرأة أجنبية وللصبية أم أخرى من الرضاعة، فإنه يجوز لذلك الصبي أن يتزوج أم أخته التي كانت الأمّ من الرضاعة التي انفردت بها وضعًا.

وذكر في «المحيط»: قال أصحابنا رحمهم الله: وما يتعلق به التحريم في النسب يتعلق به في الرضاع إلا في مسألتين:

إحداهما: أنه لا يجوز للرجل أن يتزوج أم أخته من النسب ويجوز في الرضاع؛ وإنما

تَكُونُ أُمَّهُ أَوْ مَوْطُوءَةَ أَبِيهِ، بِخِلَافِ الرَّضَاعِ (وَيَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُخْتَ ابْنِهِ مِنَ الرَّضَاعِ، وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ مِنَ النَّسَبِ) لِأَنَّهُ لَمَّا وَطِئَ أُمَّهَا حُرِّمَتْ عَلَيْهِ، وَلَمْ يُوجَدْ هَذَا المَعْنَى فِي الرَّضَاعِ (وَامْرَأَةُ أَبِيهِ أَوِ امْرَأَةُ ابْنِهِ مِنَ الرَّضَاعِ لَا يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا كَمَا لَا يَجُوزُ ذَلِكَ مِنَ النَّسَبِ) لِمَا رَوَيْنَا، وَذَكَرَ الأَصْلَابَ فِي النَّصِّ لِإِسْقَاطِ اعْتِبَارِ التَّبَنِّي عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ.

كان كذلك لأن في النسب إن كانا أخوين لأُمٍّ فأمّ الأخ أمّه، وإن كانا أخوين لأبٍ فأمُّ الأخ امرأة أبيه، وهذا المعنى معدوم في الرضاع.

والمسألة الثانية: فإنه لا يجوز للرجل أن يتزوج أخت ابنه من النسب ويجوز في الرضاع؛ وإنما كان كذلك لأن أخت ابنه إن كانت منه فهي ابنته وإن لم تكن منه فهي ربيبتُه، وهذا المعنى لا يتأتى في الرضاع حتى أن في النسب لو لم يوجد أحد هذين المعنيين، فإنه يجوز بأن كانت جاريةٌ بين الشريكين جاءت بولدٍ فادَّعياه حتى ثبت النسب منهما، ولكل واحد منهما ابنة من امرأة أخرى جاز لكل واحد من الموليين أن يتزوج بابنة شريكه، وإن كان كل واحد من المولَيين متزوجًا بأخت ابنه من النسب، وفي غير هاتين المسألتين فحكم الرضاع وحكم النسب سواء.

قوله: وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ مِنَ النَّسَبِ، وقد ذكرنا صورة ما يجوز ذلك من النسب أيضًا على ما ذكرنا من الجواز في الجارية المشتركة، فعُلم بذلك أنه غير مجري على إطلاقه.

قوله: لِمَا رَوَيْنَا، إشارة إلى **قوله:** «يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ».

قوله: لِإِسْقَاطِ اعْتِبَارِ التَّبَنِّي، فإن حليلة الابن المتبني كانت حرامًا في الجاهلية.

فإن قيل: لِمَ لا يجوز أن يكون لإسقاط حليلة ابن الرضاع، أو لإسقاطهما، فما وجه ترجيح جانب حليلة الابن المتبني بالإسقاط؟

قلنا: حرمة حليلة ابن الرضاع ثابتة بالحديث المشهور، وهو قوله عليه الصلاة

(وَلَبَنُ الفَحْلِ يَتَعَلَّقُ بِهِ التَّحْرِيمُ، وَهُوَ أَنْ تُرْضِعَ المَرْأَةُ صَبِيَّةً فَتَحْرُمُ هَذِهِ الصَّبِيَّةُ عَلَى زَوْجِهَا وَعَلَى آبَائِهِ وَأَبْنَائِهِ وَيَصِيرُ الزَّوْجُ الَّذِي نَزَلَ لَهَا مِنْهُ اللَّبَنُ أَبًا لِلْمُرْضَعَةِ) وَفِي أَحَدِ قَوْلَيِ الشَّافِعِيِّ: لَبَنُ الفَحْلِ لا يُحَرِّمُ لِأَنَّ الحُرْمَةَ لِشُبْهَةِ البَعْضِيَّةِ وَاللَّبَنُ بَعْضُهَا لا بَعْضُهُ، وَلَنَا مَا رَوَيْنَا، وَالحُرْمَةُ بِالنَّسَبِ مِنَ الجَانِبَيْنِ فَكَذَا بِالرَّضَاعِ، وَقَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - لِعَائِشَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهَا -: «لِيَلِجْ عَلَيْكِ أَفْلَحُ فَإِنَّهُ عَمُّكِ مِنَ الرَّضَاعَةِ» وَلِأَنَّهُ سَبَبٌ لِنُزُولِ اللَّبَنِ مِنْهَا فَيُضَافُ إِلَيْهِ فِي مَوْضِعِ الحُرْمَةِ احْتِيَاطًا.

والسلام: «يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ»، فحملناه على حليلة الابن المتبني لكيلا يلزم التدافع بين موجب الكتاب والسنة المشهورة.

قوله: وَلَبَنُ الفَحْلِ يَتَعَلَّقُ بِهِ التَّحْرِيمُ، هذا من قبيل إضافة الشيء إلى سببه؛ لأن سبب اللبن إنما هو الفحل على ما ذكر في آخر هذه المسألة، فأقيمت الأسباب في باب الحرمات مقام المسبب، كما أقيم المسُّ بشهوة مقام الولد في حرمة المصاهرة.

قوله: «لِيَلِجْ عَلَيْكِ أَفْلَحُ فَإِنَّهُ عَمُّكِ مِنَ الرَّضَاعَةِ»، فإن عائشة رضي الله عنها ارتضعت من امرأة أبي قُعَيْس، وكان اسم أخ قُعَيْس أفلح بن أبي قُعَيس، فلمَّا كانت تلك المرأة أُمًّا لها كان زوجها أبـًا لها، وأخ الزوج عمًّا لا محالة، «فإن عائشة رضي الله عنها قالت: يا رسول الله، إن أفلح بن أبي قعيس يدخل عليَّ، وأنا في ثياب فُضُل، فقال: لِيَلِجْ عَلَيْكِ أَفْلَحُ فَإِنَّهُ عَمُّكِ مِنَ الرَّضَاعَةِ، فقلتُ: إنما ارضعتني المرأة لا الرجل، فقال: فليلج عليك أفلح فإنه عمك»، والعمُّ من الرضاعة لا يكون إلا باعتبار لبن الفحل، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلِأَنَّهُ سَبَبٌ لِنُزُولِ اللَّبَنِ مِنْهَا فَيُضَافُ إِلَيْهِ فِي مَوْضِعِ الحُرْمَةِ احْتِيَاطًا، فإن قلتَ: لا شكَّ أن السبب إذا أقيم مقام المسبب في إثبات الحكم كان أدنى حالًا من السبب الذي هو الأصل في إثبات الحكم، ألا ترى أن المسَّ بشهوة أقيم مقام الوطء في إيجاب حرمة المصاهرة باعتبار أنه سبب الوطء، وثبوت حرمة المصاهرة بالوطء الحلال حكم ثابت بإجماع بيننا

(وَيَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ الرَّجُلُ بِأُخْتِ أَخِيهِ مِنَ الرَّضَاعِ)؛

وبين الشافعي رحمه الله، وفي المس بشهوة على الاختلاف وإن كان المسُّ حلالًا، وما ذاك إلا لضعف السبب وقوة المسبب.

ثمَّ هاهنا لو ارتضع الصبي من تُنْدُوَةِ[1] الرجل نفسه إذا نزل له اللبن لا يثبت له حرمة الرضاع، فكيف يثبت منه بإرتضاع اللبن الحاصل بسببه ولا يثبت من اللبن الحاصل من نفسه؟

قلتُ: افترق الحكم لافتراق الوصف؛ وذلك لأن المعنى الذي لأجله تثبت الحرمة بسبب الرضاع لا يوجد في إرضاع الرجل، فإن ما نزل من تُندوته لا يتغذي به الصبي، ولا يحصل به إنبات اللحم، وهو نظير وطء الميتة في أنه لا يوجب حرمة المصاهرة وإن كان المسبب موجودًا، إلى هذا أشار في «المبسوط».

ثم اعلم أن هاهنا دقيقة لا بدَّ من معرفتها، وعن إهمالها وقع بعضهم في الخطأ، وهي: أن من شرط لبن الفحل أن يكون لبن المرأة بسبب الولادة أو الحمل من زوجها، حتى لو أنه نزل لها لبن بدون الولادة أو الحمل من زوجها، كما ينزل للبكر كان ذلك اللبن لبن المرأة خاصة لا لبن الزوج، وإن كانت تلك المرأة تحت زوجها.

وتفسير ذلك ما ذكره في «المحيط»، و«الذخيرة» فقال: امرأة ولدت من زوج وارضعت ولدها، ثم يبس اللبن ثم دَرَّ لها اللبنُ بعد ذلك فارضعت صبيًّا، إن لهذا الصبي أن يتزوج بابنة هذا الرجل من غير هذه المرأة، فإن هذا ليس بلبن الفحل، وكذلك إذا تزوج امرأة ولم تلد منه قطُّ ثم نزل لها اللبن، فإن هذا اللبن لبن هذه المرأة دون زوجها، حتى لو أرضعت صبية لا تحرم هي على ولد هذا الزوج من غير هذه المرأة.

وإن زنى بامرأة فولدت منه فأرضعت بهذا اللبن صبيَّة، لا يجوز لهذا الزانِي أن يتزوج بهذه الصبية، ولا لأبيه، ولا لابنه، ولا لأبناء أولاده؛ لوجود البعضية بين هؤلاء وبين الزانِي، فحصل من هذا أن تفسير لبن الفحل أن المرأة إذا أرضعت بلبنٍ حدث من حمل رجل فذلك

---

(١) قال الإمام العيني في «البناية» (٦/ ٢٧٨): تُنْدُوة الرجل كثدي المرأة، وهو مشهور إذا ضم أوله، فإذا فتح لم يهمز، ويقال: هو ضرب الثدي.

لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِأُخْتِ أَخِيهِ مِنَ النَّسَبِ وَذَلِكَ مِثْلُ الأَخِ مِنَ الأَبِ إِذَا كَانَتْ لَهُ أُخْتٌ مِنْ أُمِّهِ جَازَ لِأَخِيهِ مِنْ أَبِيهِ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا.

(وَكُلُّ صَبِيَّيْنِ اجْتَمَعَا عَلَى ثَدْيٍ وَاحِدَةٍ لَمْ يَجُزْ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَتَزَوَّجَ بِالأُخْرَى) هَذَا هُوَ الأَصْلُ؛ لِأَنَّ أُمَّهُمَا وَاحِدَةٌ فَهُمَا أَخٌ وَأُخْتٌ.

الرجل أبُ الرضيع، لا يحل لذلك الرجل نكاحها إن كانت أنثى، وكذلك إذا كان لرجل امرأتان وحملتا منه فأرضعت كل واحدة منهما صغيرًا فقد صار أخوين لأب، فإن كان أحدهما أنثى لا يحل النكاح بينهما، وإن كانا أنثيين لا يحل الجمع بينهما؛ لأنَّهما أختان لأب.

قوله: لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِأُخْتِ أَخِيهِ مِنَ النَّسَبِ، بأن كان له أخت لأب وأخت لأم، فلأخيه لأب أن يتزوج بأخته لأمه؛ لأنه لا نسب بينهما موجب للحرمة، فكذلك في الرضاع، كذا في «المبسوط».

قوله: وَكُلُّ صَبِيَّيْنِ اجْتَمَعَا، غلب الصبي على الصبية؛ لأن المذكر أبدًا يغلب على المؤنث كما في العُمرين.

ثم لم يرد من الاجتماع هنا الاجتماع من حيث الزمان، ولا من حيث اليمنى واليسرى، بل المراد من الاجتماع اجتماعهما في امرأة واحدة ارتضاعًا.

قوله: عَلَى ثَدْيٍ وَاحِدَةٍ، على الإضافة، أي: على ثدي امرأة واحدة، حتى لو اجتمعا في ضرع بهيمة واحدة لا يحرم أحدهما على الآخر على ما يجيء، فكان هو بمنزلة طعام أكلاه من إناء واحد.

وذكر في «المبسوط» حكاية في هذا وقال: ومحمد بن إسماعيل البخاري رحمه الله صاحب الأخبار كان يقول: يثبت به حرمة الرضاع، فإنه دخل بخارى في زمن الشيخ أبي حفص الكبير رحمه الله، وجعل يفتي فقال له الشيخ: لا تفعل فلستَ هنالك، فأبى أن يقبل نصيحته حتى استفتي عن هذه المسألة: إذا أرضع صبيتان بلبن شياة؟ فأفتى بثبوت الحرمة، فاجتمعوا وأخرجوه من بخارى بسبب هذه الفتوى؛ وهذا لأن ثبوت الحرمة بطريق الكرامة،

(وَلا يَتَزَوَّجُ الْمُرْضَعَةَ أَحَدٌ مِنْ وَلَدِ الَّتِي أَرْضَعَتْ) لِأَنَّهُ أَخُوهَا (وَلا وَلَدُ وَلَدِهَا) لِأَنَّهُ وَلَدُ أَخِيهَا (وَلا يَتَزَوَّجُ الصَّبِيُّ الْمُرْضَعُ أُخت زَوْجِ الْمُرْضِعَةِ) لِأَنَّهَا عَمَّتُهُ مِنَ الرَّضَاعَةِ. (وَإِذَا اخْتَلَطَ اللَّبَنُ بِالمَاءِ وَاللَّبَنُ هُوَ الغَالِبُ تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ، وَإِنْ غَلَبَ المَاءُ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ التَّحْرِيمُ) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ -، هُوَ يَقُولُ: إِنَّهُ مَوْجُودٌ فِيهِ حَقِيقَةً.

وذلك يختص بلبن الآدمية دون لبن الأنعام.

قوله: وَلا يَتَزَوَّجُ الْمُرْضَعَةُ أَحَدًا مِنْ وَلَدِ الَّتِي أَرْضَعَتْ، المُرضعَة بصيغة اسم المفعول، وبالرفع على الفاعلية، ونصب أحدًا على المفعولية من ولد التي على طريق الإضافة، هذا هو الأصح من النسخ، وفي نسخة أخرى: وَلا يَتَزَوَّجُ الْمُرْضَعَةَ أَحَدٌ مِنْ وَلَدِ الَّتِي أَرْضَعَتْ، بعكس الأولى في الفاعلية والمفعولية، وهذا أيضاً صحيح، وكان كلاهما بخط شيخي رحمه الله، ونسختان أخريان ليستا بصحيحتين، وهما بعد صيغة اسم الفاعل في المرضعة كونها فاعلة أو مفعولة على ما ذكرنا، ولكن على هذين التقديرين لا بدَّ أن يكون قوله: مِنَ الْوَلَدِ الَّذِي أَرْضَعَتْهُ، معرفاً باللام.

قوله: وَإِذَا اخْتَلَطَ اللَّبَنُ بِالمَاءِ وَاللَّبَنُ هُوَ الغَالِبُ تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ، وكذا لو خلط بالدواء أو بلبن البهيمة فالعبرة للغالب، وفسَّر الغلبة محمد رحمه الله فقال: إن لم يغير الدواء اللبن تثبت به الحرمة، وإن غير لا تثبت، وقال أبو يوسف رحمه الله: إن غيّر طعم اللبن ولونه لا يكون رضاعًا؛ وإن غيّر أحدهما دون الآخر يكون رضاعًا، وقيل: على قول أبي حنيفة رحمه الله إذا جعل اللبن في دواءٍ أو خلط بالماء لا تثبت الحرمة بكل حال، كذا في «فتاوى قاضي خان» رحمه الله.

قوله: وَإِنْ غَلَبَ المَاءُ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ التَّحْرِيمُ، خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ، فإن عند الشافعي رحمه الله قدر ما يحصل به خمس رضعات من اللبن إذا جعل في حُبّ من الماء فشربه الصبي تثبت به الحرمة، كذا في «المبسوط».

وَنَحْنُ نَقُولُ المَغْلُوبُ غَيْرُ مَوْجُودٍ حُكْمًا حَتَّى لا يَظْهَرَ فِي مُقَابَلَةِ الغَالِبِ كَمَا فِي اليَمِينِ (وَإِنِ اخْتَلَطَ بِالطَّعَامِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ التَّحْرِيمُ) وَإِنْ كَانَ اللَّبَنُ غَالِبًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: إِذَا كَانَ اللَّبَنُ غَالِبًا يَتَعَلَّقُ بِهِ التَّحْرِيمُ، قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: قَوْلُهُمَا فِيمَا إِذَا لَمْ تَمَسَّهُ النَّارُ، حَتَّى لَوْ طَبَخَ بِمَا لا يَتَعَلَّقُ بِهِ التَّحْرِيمُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا، لَهُمَا أَنَّ العِبْرَةَ لِلْغَالِبِ كَمَا فِي المَاءِ إِذَا لَمْ يُغَيِّرْهُ شَيْءٌ

قوله: وَنَحْنُ نَقُولُ المَغْلُوبُ غَيْرُ مَوْجُودٍ حُكْمًا حَتَّى لا يَظْهَرَ فِي مُقَابَلَةِ الغَالِبِ، فإن قيل: إن اعتبرت جهة الحكم لم يثبت به حرمة الرضاع، وإن اعتبرت الحقيقة يثبت؛ لأن اللبن موجود حقيقةً وإن قل، فعند التعارض ترجح الحرمة احتياطًا.

قلنا: التعارض لم يثبت؛ لأن التعارض عبارة عن تقابل الحجتين على السواء، وهاهنا لم تثبت المساواة بينهما؛ لما أن للغالب فضلًا ذاتيًّا وللمغلوب فضلًا حاليًّا وهو جهة الحرمة، فكان الترجيح لمعنى راجع إلى الذَّات لا لمعنى راجع إلى الحال.

فإن قيل: يشكل هذا بما إذا وقعت قطرة من الدم أو الخمر في حبٍّ من ماء، نجَّسته وإن كان الماء غالبًا حقيقة.

قلنا: الماء لمَّا لم يكن غالبًا حكمًا بأن كان عشرًا في عشر فهو في حكم القلة، فلمَّا كان الماء أقل من عشر في عشر كان قليلًا، والنجاسة أيضًا قليلة فتعارضا، فترجح جانب النجاسة لظهور أوان الترجيح بمعنى راجع إلى الحال وهو الحرمة عملًا بالاحتياط، بخلاف اللبن فإنه لم يرد التقدير فيه، فيعتبر جانبُ الحقيقة لانعدام التعارض، كما ذكرنا أن الرجحان بالذات سابق على الرجحان بالحال، هكذا نقل من فوائد مولانا الإمام حميد الدين الضَّرير[1] رحمه الله.

قوله: كَمَا فِي اليَمِينِ، وهو أنه لو حلف لا يشربُ اللبن فشرب لبنًا مخلوطًا بالماءِ

(١) قد مرَّت ترجمته سابقًا في (٢/ ٢٠٤).

عَنْ حَالِهِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ الطَّعَامَ أَصْلٌ وَاللَّبَنُ تَابِعٌ لَهُ فِي حَقِّ الْمَقْصُودِ فَصَارَ كَالْمَغْلُوبِ، وَلَا مُعْتَبَرَ بِتَقَاطُرِ اللَّبَنِ مِنَ الطَّعَامِ عِنْدَهُ هُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّ التَّغَذِّيَ بِالطَّعَامِ إِذْ هُوَ الْأَصْلُ. (وَإِنِ اخْتَلَطَ بِالدَّوَاءِ وَاللَّبَنُ غَالِبٌ تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ)؛ لِأَنَّ اللَّبَنَ يَبْقَى مَقْصُودًا فِيهِ، إِذِ الدَّوَاءُ لِتَقْوِيَتِهِ عَلَى الْوُصُولِ، وَإِذَا اخْتَلَطَ اللَّبَنُ بِلَبَنِ الشَّاةِ وَهُوَ الْغَالِبُ تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ.

(وَإِنْ غَلَبَ لَبَنُ الشَّاةِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ التَّحْرِيمُ) اعْتِبَارًا لِلْغَالِبِ كَمَا فِي الْمَاءِ. (وَإِذَا اخْتَلَطَ لَبَنُ امْرَأَتَيْنِ تَعَلَّقَ التَّحْرِيمُ بِأَغْلَبِهِمَا) عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -؛ لِأَنَّ الْكُلَّ صَارَ شَيْئًا وَاحِدًا فَيُجْعَلُ الْأَقَلُّ تَابِعًا لِلْأَكْثَرِ فِي بِنَاءِ الْحُكْمِ عَلَيْهِ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَزُفَرُ: يَتَعَلَّقُ التَّحْرِيمُ بِهِمَا؛ لِأَنَّ الْجِنْسَ لَا يَغْلِبُ الْجِنْسَ فَإِنَّ الشَّيْءَ لَا يَصِيرُ مُسْتَهْلَكًا فِي جِنْسِهِ لِاتِّحَادِ الْمَقْصُودِ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي هَذَا رِوَايَتَانِ، وَأَصْلُ الْمَسْأَلَةِ فِي

والماء غالب على اللبن لا يحنث.

قوله: وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ الطَّعَامَ أَصْلٌ، إلى آخره؛ ولأن إلقاء الطعام في اللبن يغيره، ألا ترى أنه يرقّ به، وربَّما يتغيّر به لونُه، فكان بمنزلة ما لو غيرته النار.

قوله: هُوَ الصَّحِيحُ، احتراز عن قول بعضهم في قول أبي حنيفة رحمه الله فقالوا: هذا عنده إذا كان لا يتقاطر اللبن من الطعام عند حمل اللقمة، فأمَّا إذا كان يتقاطر منه اللبن تثبت به الحرمة عنده؛ لأن القطرةَ من اللبن إذا دخلت حلق الصبي كانت كافية لإثبات الحرمة، والأصح أنه لا يثبت على كل حال عنده؛ لأن التغذي كان بالطعام دون اللبن، كذا في «المبسوط».

قوله: يَتَعَلَّقُ التَّحْرِيمُ بِهِمَا؛ لأن الشيء يتكثر بجنسه ولا يصير مستهلكًا به.

قوله: وَأَصْلُ الْمَسْأَلَةِ فِي الْأَيْمَانِ، وهو ما إذا حلف لا يشرب من لبن هذه البقرة

الأَيْمَانِ. (وَإِذَا نَزَلَ لِلْبِكْرِ لَبَنٌ فَأَرْضَعَتْ صَبِيًّا تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ) لِإِطْلَاقِ النَّصِّ، وَلِأَنَّهُ سَبَبُ النُّشُوءِ فَتَثْبُتُ بِهِ شُبْهَةُ البَعْضِيَّةِ.

(وَإِذَا حَلَبَ لَبَنَ المَرْأَةِ بَعْدَ مَوْتِهَا فَأَوْجَرَ الصَّبِيَّ تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ، هُوَ يَقُولُ: الأَصْلُ فِي ثُبُوتِ الحُرْمَةِ إِنَّمَا هُوَ المَرْأَةُ ثُمَّ تَتَعَدَّى إِلَى غَيْرِهَا بِوَاسِطَتِهَا، وَبِالمَوْتِ لَمْ تَبْقَ مَحَلًّا لَهَا، وَلِهَذَا لا يُوجِبُ وَطْؤُهَا حُرْمَةَ المُصَاهَرَةِ، وَلَنَا أَنَّ

فخلط لبنها بلبن بقرة أخرى فشربه، فهو على الخلاف الذي بيَّنا.

قوله: فَأَوْجَرَ بِهِ الصَّبِيَّ تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ، خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ، الوَجور الدواء الذي يُصبّ في وسط الفم، يُقال: أوجرتُه ووجرتُه.

وهذا الخلاف بيننا وبين الشافعي رحمه الله بناءٌ على أصلين:

أحدهما: أن اللبن لا يموت عندنا؛ لأنه لا حياة فيه، ألا ترى أنه يحلب في حالة الحياة من الحيوان فيكون طاهرًا، وما فيه الحياة إذا بان من الحيّ يكون ميتًا، فإذا لم يكن في اللبن حياة لا يتجنس بالموت، بل عند أبي حنيفة رحمه الله يبقى طاهرًا، وعندهما يتنجس بنجاسة الوعاء كما في إنْفَحَة الميتة، فكأنه حلب لمرأة في قارورة نجسة فأوجر به الصبيّ فيثبت به الحرمة، وعند الشافعي رحمه الله اللبن يموت فيكون نجس العين، وثبوت حرمة الرضاع باعتبار معنى الكرامة فلا تثبت بما هو نجس العين.

والثاني: أن عنده الفعل الذي هو حرام لعينه وهو الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة؛ لأن ثبوتها بطريق الكرامة، فكذلك إيجار لبن الميتة حرام فلا تثبت به الحرمة، ثم قاسَ لبن الميتة بوطء الميتة، ولكن عندنا الفعل وإن كان حرامًا تثبت به الحرمة إذا تحقق فيه المعنى الموجب للحرمة، ولهذا أثبتنا الحرمة بالزنا؛ لأن معنى البعضية لا ينعدم به حقيقةً، فكذلك هاهنا ثبوت الحرمة باعتبار أن اللبن يُغذي الصبيَّ فيتقوَّى به، ولو سلَّمنا له حرمة اللبن بالموت فبالحرمة لا يخرج من أن يكون مغذيًا، ألا ترى أن لحم الميتة مُغذٍّ فكذلك لبنها، وبه فارق وطءَ الميتة؛ لأن معنى البعضية ينعدم منه أصلًا، وشبَّه اللبن بالبيضة فإن بالموت

السَّبَبَ هُوَ شُبْهَةُ الجُزْئِيَّةِ وَذَلِكَ فِي اللَّبَنِ لِمَعْنَى الإِنْشَازِ وَالإِنْبَاتِ وَهُوَ قَائِمٌ بِاللَّبَنِ، وَهَذِهِ الحُرْمَةُ تَظْهَرُ فِي حَقِّ المَيِّتَةِ دَفْنًا وَتَيَمُّمًا، أَمَّا الحُرْمَةُ فِي الوَطْءِ لِكَوْنِهِ مُلَاقِيًا لِمَحَلِّ الحَرْثِ وَقَدْ زَالَ بِالمَوْتِ فَافْتَرَقَا.

(وَإِذَا احْتَقَنَ الصَّبِيُّ بِاللَّبَنِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ التَّحْرِيمُ) وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ تَثْبُتُ بِهِ الحُرْمَةُ كَمَا يَفْسُدُ بِهِ الصَّوْمُ، وَوَجْهُ الفَرْقِ عَلَى الظَّاهِرِ أَنَّ المُفْسِدَ فِي الصَّوْمِ إِصْلَاحُ البَدَنِ وَيُوجَدُ ذَلِكَ فِي الدَّوَاءِ، فَأَمَّا المُحَرِّمُ فِي الرَّضَاعِ فَمَعْنَى النُّشُوءِ وَلَا يُوجَدُ ذَلِكَ فِي الِاحْتِقَانِ؛ لِأَنَّ المُغَذِّي وُصُولُهُ مِنَ الأَعْلَى.

(وَإِذَا نَزَلَ لِلرَّجُلِ لَبَنٌ فَأَرْضَعَ بِهِ صَبِيًّا لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ التَّحْرِيمُ)؛

لا تخرج البيضةُ من أن تكون مغذية فكذلك اللبنُ، كذا في «المبسوط».

قوله: وَهَذِهِ الحُرْمَةُ تَظْهَرُ فِي حَقِّ المَيِّتَةِ دَفْنًا وَتَيَمُّمًا، هذا جوابٌ عن حرف الخصم وهو قوله: وَبِالمَوْتِ لَمْ تَبْقَ مَحَلًّا لَهَا، يعني لا تظهر فائدة حرمة الرضاع في حق الميتة وهي الأصل، فلذلك لم يثبت بهذا الإيجار حرمة الرضاع، فأجاب عنه بهذا وقال: بل يثبت في حق الميتة أيضـًا فائدة، وهي في حق دفن هذه الميتة وتيممها بأن كان لهذه المرضَعة التي أوجر لبن هذه الميتة في فمها زوج، فإن لهذا الزوج يجوز أن يدفن وتيمم هذه الميتة؛ لما أن زوج الصغيرة هذه صار محرمًا لها بالمهرية بسبب هذا الإيجار؛ لأن الميتة تكون أم امرأته.

قوله: وَإِذَا احْتَقَنَ الصَّبِيُّ بِاللَّبَنِ، صوابه: حقن، لا: احتقن، يقال: حقن المريضُ داواه بالحقنة، وهي دواءٌ يُجعل في خريطة من أُدم يقال لها: المِحقنة، وقولهم: احتقن الصبي بلبن أمّه، بعيد واحتُقن بالضم غير جائز، وإنما الصواب: حُقن، أو عُولج بالحقنة، كذا في «المغرب».

ولكن ذكر في «تاج المصادر»: الاحتقان: حقنه كردن، فجعله متعديًّا، فعلى هذا يجوز استعماله على البناء للمفعول، وهو الأكثر في استعمال الفقهاء.

لِأَنَّهُ لَيْسَ بِلَبَنٍ عَلَى التَّحْقِيقِ فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ النُّشُوءُ وَالنُّمُوُّ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ اللَّبَنَ إِنَّمَا يُتَصَوَّرُ مِمَّنْ يُتَصَوَّرُ مِنْهُ الوِلادَةُ. (وَإِذَا شَرِبَ صَبِيَّانِ مِنْ لَبَنِ شَاةٍ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ التَّحْرِيمُ)؛ لِأَنَّهُ لا جُزْئِيَّةَ بَيْنَ الآدَمِيِّ وَالبَهَائِمِ وَالحُرْمَةُ بِاعْتِبَارِهَا.

(وَإِذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ صَغِيرَةً وَكَبِيرَةً فَأَرْضَعَتِ الكَبِيرَةُ الصَّغِيرَةَ حُرِّمَتَا عَلَى الزَّوْجِ)؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ جَامِعًا بَيْنَ الأُمِّ وَالبِنْتِ رَضَاعًا وَذَلِكَ حَرَامٌ كَالجَمْعِ بَيْنَهُمَا نَسَبًا (ثُمَّ إِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِالكَبِيرَةِ فَلَا مَهْرَ لَهَا)؛ لِأَنَّ الفُرْقَةَ جَاءَتْ مِنْ قِبَلِهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا (وَلِلصَّغِيرَةِ نِصْفُ المَهْرِ)؛ لِأَنَّ الفُرْقَةَ وَقَعَتْ لا مِنْ جِهَتِهَا،

قوله: لِأَنَّهُ لَيْسَ بِلَبَنٍ عَلَى التَّحْقِيقِ، ثم تسميته لبنًا **بقوله:** وَإِذَا نَزَلَ لِلرَّجُلِ لَبَنٌ، لتصوره بصورة اللبن، كما يقال: دم السمك، مع أنه ليس بدم على التحقيق لتصوره بصورة الدم؛ وهذا لأن اللبن إنَّما يتصور ممَّن يتصور منه الولادة، ولا يتصور الولادة من الرجل فلذلك لم يتصور نزول اللبن منه على التحقيق؛ وإنَّما قلنا ذلك لأن الله تعالى خلق اللبن في أصله لغذاء الولد، لعدم احتماله سائر الأطعمة والأشربة في ابتداء حاله ليقوم هو مقام الطعام والشراب، فلذلك اختص اللبن على التحقيق ممَّن يتصورُ منه الولادة.

قوله: فَأَرْضَعَتِ الكَبِيرَةُ الصَّغِيرَةَ حُرِّمَتَا عَلَى الزَّوْجِ، ثم إن كان هذا قبل الدخول بالكبيرة جاز له أن يتزوج بالصغيرة؛ لأنَّها ربيبته ولم يدخل بأمها، ولا يتزوج الكبيرة أبدًا؛ لأنها أم امرأته من الرضاعة، كذا في «الإيضاح».

قوله: ثُمَّ إِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِالكَبِيرَةِ فَلَا مَهْرَ لَهَا، سواءٌ تعمَّدت الفساد أو لم تتعمد.

قوله: وَلِلصَّغِيرَةِ نِصْفُ المَهْرِ، وقال مالك: لا يجبُ؛ لأن الفرقة جاءت من قبلها بأن صارت بنتًا للكبيرة فسقط مهرها، كما سقط مهر الكبيرة بأن صارت أمها، ألا ترى أن مهر الكبيرة يسقط وإن قصدت الحسنةَ بأن خافت الهلاك على الصغيرة.

وإنا نقول: إن هذه الفرقة لمَّا صارت سببَ ضمان، واستقامَ الإضافة إلى اسم الأُمِّية

وَالِارْتِضَاعُ وَإِنْ كَانَ فِعْلًا مِنْهَا لَكِنَّ فِعْلَهَا غَيْرُ مُعْتَبَرٍ فِي إِسْقَاطِ حَقِّهَا كَمَا إِذَا

والبنتية، أضفناها إلى الأُمّية التي هي في الأُمّ؛ لأنها هي المخاطبة دون البنت، كذا في «الأسرار».

قوله: وَالِارْتِضَاعُ وَإِنْ كَانَ فِعْلًا مِنْهَا، إلى آخره، جوابُ سُؤال مقدر بأن يقال: العلة لثبوت الفرقة هنا ارتضاع الصغيرة دون الإلقام الذي هو فعل الكبيرة؛ لأن الإلقام سبب والارتضاع علة، فيضاف الحكم إلى العلة لا إلى السبب، فأجاب عنه أن فِعْلَهَا غَيْرُ مُعْتَبَرٍ؛ لأنها صغيرة، ألا ترى أن الصغيرة لو قتلت مورثها لا تحرم عن الميراث.

وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله: ولا يقال: لولا امتصاصُها ما جاءت الفرقة، قيل له: هي مجبورة على ذلك بحكم الطبع، والكبيرة في إلقام الثدي في فمها مختارة فأضيف الفساد إليها، كمن ألقى حيَّة على إنسان فلدغته، إن الضمان على الملقي؛ لأن الدغ لها طبع، حتى أن الصغيرة لو جاءت إلى الكبيرة وهي نائمة فارتضعت بانَتَا، ولكل واحدة نصف المهر، ولا يرجع الزوج على أحدٍ.

قوله: لَكِنَّ فِعْلَهَا غَيْرُ مُعْتَبَرٍ فِي إِسْقَاطِ حَقِّهَا، فإن قيل: يشكل هذا بصغيرة مسلمة تحت مسلم ارتدَّ أبواها ولحقا بِها بدار الحرب، بانت من زوجها ولا يُقضى لها بشيء من المهر ولم يوجد الفعل منها.

قيل له: الردَّة محظورة لا إباحة لها بحال من الأحوال، وإنَّها معنى قام بها حكماً، بخلاف الإرتضاع؛ لأنه لا حاظر له.

فإن قيل: يشكل هذا برجل تزوَّج بامرأة ولم يدخل بها حكماً، حتى جاء رجل وقتلها يقضى على الزوج بالمهر، ولا يرجع على القاتل بشيءٍ مع أن القتل محظورٌ.

قلنا: القصاص واجب على القاتل إن كان القتل عمدًا، والقصاص أحد موجبي القتل، وإن كان القتل خطأً وجبت الدية وإنَّها أحد موجبيه أيضاً، فلا يستوجب شيئاً آخر بسبب قتل واحد، وللزوج نصيب ممَّا هو الواجب فلا يتضاعف حقُّه بالتضمين، وأمَّا الزوج فيما نحن بصدده فلا نصيب له في شيء فيضمن من أتلف عليه نصف الصداق، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قَتَلَتْ مُوَرِّثَهَا (وَيَرْجِعُ بِهِ الزَّوْجُ عَلَى الكَبِيرَةِ إِنْ كَانَتْ تَعَمَّدَتْ بِهِ الفَسَادَ، وَإِنْ لَمْ تَتَعَمَّدْ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهَا، وَإِنْ عَلِمَتْ بِأَنَّ الصَّغِيرَةَ امْرَأَتُهُ) وَعَنْ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ

وذكر في «الأسرار» في جواب سؤال الردة فقال: لا يمكن إضافة الفرقة إلى ردَّة أبويها، فإن ردتها في الجملة تنفصل عن ردتهما، ولا تبين هي بردتهما وإنما تبين بردة نفسها، فكانت الفرقة لمعنى فيها، ثم قال في «الأسرار»: هذه مسألة مشكلة.

قوله: وَيَرْجِعُ بِهِ الزَّوْجُ عَلَى الكَبِيرَةِ إِنْ كَانَتْ تَعَمَّدَتْ بِهِ الفَسَادَ؛ لأن نصف المهر كان على عرضية السقوط، بأن قبَّلت ابن زوجها بعدما صارت مشتهاةً، وقد أكدته بالإرضاع فيضمنُ نصف المهر كما في شهود الطلاق، وكما لو زنى بامرأة أبيه قبل الدخول بها تقع الفرقة بينهما، ويقضى على الأب بنصف الصداق ويرجع به على ابنه.

فإن قيل: يشكل هذا برجل تحته صغيرتان رضيعتان، فجاءت امرأتان لهما لبن من رجل فأرضعت كلُّ واحدة منهما كلَّ واحدة منهما، حرمتا على الزوج ولم يغرما شيئاً وإن تعمدتا الفساد.

قيل له في الفرق بينهما: أن فعل الكبيرة هنا يستقل بالإفساد فيُضاف إليه الفساد، وأمَّا فعل كل واحدة منهما على الإنفراد هناك لا يستقل بالإفساد، فلا تضاف الفرقة إلى كل واحدة من المرأتين، يُوضحه: أن الفساد هناك باعتبار الجمع بين الأختين؛ لأنهما لمَّا ارتضعتا منهما صارتا أختين لأب، فالأختية قائمة بهما لا تعدو إلى المرأتين، فلا يعتبر تعديهما، وهاهنا الفساد باعتبار الجمع بين الأُمّ والبنت، فالأمية قائمة بالمرضعة فيعتبر تعديها؛ لأنها مخاطبةٌ على ما ذكرنا، إلى هذا أشار في «المبسوط»، و«الفوائد الظهيريَّة».

ولكن ذكر الإمام المحبوبي رحمه الله في مسألة وطء الابن امرأة أبيه: أنَّ الأب لا يرجع على الابن وإن كان قال الابنُ: تعمدتُ إفساد النكاح؛ لما أنه وجب عليه حد الزنا فلا يغرم شيئاً آخر، وأمَّا لو قبَّل الابن امرأة أبيه، وقال تعمدتُ إفساد النكاح يرجع الأب بما وجب عليه من نصف الصداق على الابن؛ لأنه أكَّد ما كان على شرف السقوط تعدِّيًا فيرجع عليه.

قوله: وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ يَرْجِعُ فِي الوَجْهَيْنِ، أي: فيما إذا تعمدت الفساد أو

اللهُ - أَنَّهُ يَرْجِعُ فِي الوَجْهَيْنِ، وَالصَّحِيحُ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ؛ لِأَنَّهَا وَإِنْ أَكَّدَتْ مَا كَانَ عَلَى شَرَفِ السُّقُوطِ وَهُوَ نِصْفُ المَهْرِ وَذَلِكَ يَجْرِي مَجْرَى الإِتْلَافِ لَكِنَّهَا مُسَبِّبَةٌ فِيهِ إِمَّا لِأَنَّ الإِرْضَاعَ لَيْسَ بِإِفْسَادٍ لِلنِّكَاحِ وَضْعًا وَإِنَّمَا ثَبَتَ ذَلِكَ بِاتِّفَاقِ الحَالِ، أَوْ لِأَنَّ إِفْسَادَ النِّكَاحِ لَيْسَ بِسَبَبٍ لِإِلْزَامِ المَهْرِ بَلْ هُوَ سَبَبٌ لِسُقُوطِهِ، إِلَّا أَنَّ نِصْفَ المَهْرِ يَجِبُ بِطَرِيقِ المُتْعَةِ عَلَى مَا عُرِفَ، لَكِنَّ مِنْ شَرْطِهِ إِبْطَالَ النِّكَاحِ، وَإِذَا

لم تتعمد؛ لأن من أصله أن المسبِّب كالمباشر، ولهذا جعل فتح باب القفص والإصطبل، وحل قيد الآبق موجبًا للضمان، وفي المباشرة المتعدي وغير المتعدي سواء، فكذلك في التسبيب على قوله، وعلى قول الشافعي رحمه الله يرجع عليها بمهر مثل المنكوحة؛ لأنها أتلفت ملك نكاحه فيها، وملك النكاح عنده مضمون بالإتلاف، حتى قال في شاهدي الطلاق بعد الدخول: إذا رجعا ضمنا مهر المثل، كذا في «المبسوط».

قوله: إِمَّا لِأَنَّ الإِرْضَاعَ لَيْسَ بِإِفْسَادٍ لِلنِّكَاحِ وَضْعًا؛ لأن وضعه لتربية الصغير لا لإفساد النكاح، ثم لمَّا لم يكن الإرضاع سببًا للإفساد وضعًا، كانت المرضعة مسببةً لا مباشرةً، فيتقيد الضمان بقصد الإفساد والتعدي، فيضمن عند التعدي ولا يضمن عند عدمه، كحافر البئر في ملك نفسه لا يضمن ما تلف به، بخلاف الحافر في ملك الغير.

قوله: وَإِنَّمَا ثَبَتَ ذَلِكَ بِاتِّفَاقِ الحَالِ، أي: وإنَّما يثبت الفساد هاهُنا بالإرضاع لتأدية الإرضاع هاهنا إلى اجتماع الأُمّ والبنت في ملك رجل واحد نكاحًا؛ لأن الإرضاع سببٌ موضوعٌ للإفساد.

قوله: أَوْ لِأَنَّ إِفْسَادَ النِّكَاحِ لَيْسَ بِسَبَبٍ لِإِلْزَامِ المَهْرِ؛ لأنه غير مضمون بالإتلاف؛ لما أن ملك النكاح ليس بمتقوم في نفسه؛ لأنه ليس بملك عين ولا منفعة، وإنَّما هو ملك ضروري لا يظهر إلا في حق الاستيفاء، ألا ترى أنه لا يظهر في حق الانتقال إلى الورثة، ولا في حق النقل إلى الغير، فكذلك في حق التقوم بالمال، فلذلك لم ينهض موجبًا للضمان عند الإتلاف.

ثم قوله: إِلَّا أَنَّ نِصْفَ المَهْرِ يَجِبُ بِطَرِيقِ المُتْعَةِ، جواب سؤال يرد على قوله:

كَانَتْ مُسَبِّبَةً يُشْتَرَطُ فِيهِ التَّعَدِّي كَحَفْرِ البِئْرِ، ثُمَّ إِنَّمَا تَكُونُ مُتَعَدِّيَةً إذَا عَلِمَتْ بِالنِّكَاحِ وَقَصَدَتْ بِالإِرْضَاعِ الفَسَادَ، أَمَّا إِذَا لَمْ تَعْلَمْ بِالنِّكَاحِ أَوْ عَلِمَتْ بِالنِّكَاحِ وَلَكِنَّهَا قَصَدَتْ دَفْعَ الجُوعِ وَالهَلَاكِ عَنِ الصَّغِيرَةِ دُونَ الفَسَادِ لا تَكُونُ مُتَعَدِّيَةً؛ لِأَنَّهَا مَأْمُورَةٌ بِذَلِكَ وَلَوْ عَلِمَتْ بِالنِّكَاحِ وَلَمْ تَعْلَمْ بِالفَسَادِ لا تَكُونُ مُتَعَدِّيَةً أَيْضًا، وَهَذَا مِنَّا اعْتِبَارُ الجَهْلِ لِدَفْعِ قَصْدِ الفَسَادِ لا لِدَفْعِ الحُكْمِ.

لِأَنَّ إِفْسَادَ النِّكَاحِ لَيْسَ بِسَبَبٍ لِإِلْزَامِ المَهْرِ؛ بأن يقال: قلتَ أن إفساد النكاح ليس بسبب لإلزام المهر فلا يكون ملزمًا على الزوج شيئًا، فقد انتقض قولك بوجوب نصف المهر عند الإفساد، فعُلم بهذا أن الإفساد ملزم شيئًا على الزوج، فأجاب عنه بهذا، وتفسير الجواب هو أن وجوب نصف المهر بطريق المتعة، والمتعة تجب ابتداءً بالنص بقوله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٦]، لا بمقتضى العقد فإن العقد قد انفسخ قبل الاستيفاء، فصار كهلاك المبيع قبل القبض، وهو لا يوجب على المشتري شيئًا فكذلك هاهنا.

قوله: وَلَوْ عَلِمَتْ بِالنِّكَاحِ وَلَمْ تَعْلَمْ بِالفَسَادِ لا تَكُونُ مُتَعَدِّيَةً أَيْضًا، كما لو أرضعتها ولم تعلم بالنكاح، ومنهم من يقول: هي ضامنة بكل حال؛ لأنها جهلت بحكم الشرع فلا تعذر، ألا ترى أنَّها لو قبَّلت ابن زوجها عن شهوة، وهي لا تعلم بفساد النكاح تحرم على زوجها ولا تعذر بجهلها، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: وَهَذَا بِنَاءٌ عَلَى اعْتِبَارِ الجَهْلِ لِدَفْعِ قَصْدِ الفَسَادِ لا لِدَفْعِ الحُكْمِ، وهذا جوابُ سؤال مقدَّر يرد على جواب المسألة وهو أن يقال: الجهل بحكم الشرع في دار الإسلام ليس بعذر، فكيف جعل جهل المرأة بفساد النكاح عذرًا لها في حق عدم وجوب الضمان؟

فأجاب عنه بهذا، وتفسير الجواب هو أنا لم نعتبر الجهل لدفع حكم الشرع الذي هو وجوب الضمان، وإنما اعتبرناه لدفع قصد الفساد الذي به يصير الفعل تعديًا، أي: يعلم بقصدها الفساد أنَّها متعدية، وبعدم قصدها الفساد يعلم أنها غير متعدية، فكان عدم التعدي مبنيًّا على عدم قصد الفساد، وعدم قصد الفساد مبنيًّا على الجهل بالفساد، فعدم الضمان هنا

(وَلا تُقْبَلُ فِي الرَّضَاعِ شَهَادَةُ النِّسَاءِ مُنْفَرِدَاتٍ وَإِنَّمَا تَثْبُتُ بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَّامْرَأَتَيْنِ) وَقَالَ مَالِكٌ - رَحِمَهُ اللهُ -: تَثْبُتُ بِشَهَادَةِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ إذَا كَانَتْ

كان لعدم علة الضمان التي هي التعدي.

وهذا معنى ما قاله الإمام الكشانِي رحمه الله في «الجامع الصغير» بقوله: فإنَّها إذا لم تعلم الفساد لم تقصد، وإذا لم تقصد لا تصير العلة موجودة مع الجهل، فكان هذا عدم الحكم لعدم العلة، لا عدم الحكم مع وجود العلة لعذر الجهل، فحصل من هذا أنَّها ضمنت في وجهٍ واحدٍ، ولم تضمن في ثلاثة أوجه، فكلها مذكورة في الكتاب وهي ظاهرة.

وفي «المبسوط»: ولو كنَّ ثلاثًا، أي: الصبايا ثلاثـًا تحت رجل، فأرضعتهن معـًا امرأةٌ، بأن حلبت في قارورة وألقمت إحدى ثدييها إحداهن، والأخرى الأخرى، وأوجرت الثالثة معًا بِنَّ جميعًا؛ لأنَّهن صرن أخوات معًا، وإن أرضعتهن واحدة بعد أخرى بانت الأوليان والثالثة امرأته؛ لأنها حين أرضعت الثانية فقد تحققت الأختية بينها وبين الأولى فتقع الفرقة بينه وبينهما، ثم أرضعت الثالثة وليس في نكاحه غيرها، وعلى هذا قياس المسائل.

قوله: وَلا تُقْبَلُ فِي الرَّضَاعِ شَهَادَةُ النِّسَاءِ مُنْفَرِدَاتٍ، سواءٌ كنَّ أجنبيات أو أُمَّهات إحدى الزوجين، والمراد من الانفراد انفرادهنَّ عن الرجال، لا انفرادهن عن جماعتهن، فإنَّهنَّ وإن كثرن لا تقبل شهادتهن في الرضاع بدون اختلاط الرجل معهن.

وقال الشافعي رحمه الله: يثبت الرضاع بشهادة أربع نسوة؛ بناءً على مذهبه أن فيما لا يطّلع عليه الرجال يعتبر فيه شهادة أربع نسوة ليقوم كل امرأتين مقام رجل، وزعم أن الرضاع ممَّا لا يطّلع عليه الرجال؛ لأنه بالثدي يكون ولا يحل مطالعته للأجانب.

ولكنا نقول: الرضاع ممَّا يطلع عليه الرجال؛ لأن ذا الرَّحم المحرم ينظر إلى الثدي، وهو مقبول الشهادة في ذلك؛ ولأن الحرمة كما تحصل بالرضاع من الثدي تحل بالإيجار من القارورة، وذلك ممَّا يطلع عليه الرجال.

قوله: وَقَالَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللهُ: تَثْبُتُ بِشَهَادَةِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ، واستدل في ذلك بحديث

مَوْصُوفَةً بِالعَدَالَةِ؛ لِأَنَّ الحُرْمَةَ حَقٌّ مِنْ حُقُوقِ الشَّرْعِ فَتَثْبُتُ بِخَبَرِ الوَاحِدِ كَمَنِ اشْتَرَى لَحْمًا فَأَخْبَرَهُ وَاحِدٌ أَنَّهُ ذَبِيحَةُ المَجُوسِيِّ.

وَلَنَا أَنَّ ثُبُوتَ الحُرْمَةِ لا يَقْبَلُ الفَصْلَ عَنْ زَوَالِ المِلْكِ فِي بَابِ النِّكَاحِ وَإِبْطَالُ

عقبة بن الحارث رضي الله عنه: «أنه تزوَّج ابنة أبي إهاب فجاءت امرأةٌ سوداء وأخبرت أنَّها أرضعتهما، فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فأعرض عنه، ثم ذكر ثانياً فأعرض عنه، ثم ثالثاً فقال: فارقها إذًا، فقال: إنَّها سوداء يا رسول الله، قال: كيف وقد قيل؟»، كذا في «المبسوط».

قوله: كَمَنِ اشْتَرَى لَحْمًا فَأَخْبَرَهُ وَاحِدٌ أَنَّهُ ذَبِيحَةُ المَجُوسِيِّ، فإنه لا ينبغي للمسلم أن يأكل ويطعم غيره؛ لأن المخبر أخبره بحرمة العين وبطلان الملك، فتثبت الحرمة مع بقاء الملك، ثمَّ لما ثبت الحرمة هنا مع بقاء الملك لا يمكنه الردُّ على بائعه، ولا أن يحبس الثمن عن البائع، كذا في «فتاوى قاضي خان» رحمه الله.

وحجتنا في ذلك حديث عمر رضي الله عنه على ما يوافق مذهبنا، وحديث عقبة دليلنا؛ فإن النبي صلى الله عليه وسلم أعرض عنه في المرَّة الأولى والثانية، فلو كانت الحرمة ثابتة لما فعل ذلك، ثمَّ لمَّا رأى منه طمانينة القلب إلى قولها حيث كرَّر السؤال أمره أن يفارقها احتياطاً، والدليل على أن الشهادة كانت عن ضعنٍ فإنه قال: جاءت امرأة سوداء تستطعمنا، فأبينا أن نطعمها فجاءت تشهد على الرضاع، وبالإجماع بمثل هذه الشهاده لا تثبت الحرمة، فعرفنا أن ذلك كان احتياطاً على وجه التنزه، وإليه أشار صلى الله عليه وسلم في قوله: «كيف وقد قيل؟».

وعندنا إذا وقع في قلبه أنَّها صادقة فالأحوط أن يتنزه عنها ويأخذ بالثقة، سواء أخبرت بذلك قبل عقد النكاح أو بعده، وسواء شهد به رجل أو امرأة، فأمَّا القاضي فلا يفرق بينهما ما لم يشهد به رجلان أو رجل وامرأتان، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلَنَا أَنَّ ثُبُوتَ الحُرْمَةِ لا يَقْبَلُ الفَصْلَ عَنْ زَوَالِ المِلْكِ فِي بَابِ النِّكَاحِ، فإن بقاء النكاح لا يتصور مع ثبوت الحرمة المؤبَّدة، فإذا لم يبطل النكاح بخبر الواحد لا تثبت

المِلْكِ لا يَثْبُتُ إلَّا بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَّامْرَأَتَيْنِ، بِخِلَافِ اللَّحْمِ؛ لِأَنَّ حُرْمَةَ التَّنَاوُلِ تَنْفَكُّ عَنْ زَوَالِ المِلْكِ فَاعْتُبِرَ أَمْرًا دِينِيًّا، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

❊ ❊ ❊

الحرمة، فلذلك حلَّ له إمساكها ووطئها؛ لأن ملك النكاح لم يبطل بهذه الشهادة، كذا في «فتاوى قاضي خان» رحمه الله، والله تعالى أعلم.

(كِتَابُ الطَّلَاقِ)

كتـاب الطلاق

بسم الله الرحمن الرحيم، وبه نستعينُ

اعلم أن الترتيب الوجودي يقتضي الترتيب الوضعي، ثم الطلاق شُرِع لرفع قيد النكاح، فكان مقتضياً سبق النكاح لا محالة وجودًا وقياساً ترتيباً ووضعاً لذلك هكذا، ثمَّ محاسن الطلاق عند الحاجة إليه كثيرة:

منها: الاشتقاق، فإنه مأخوذٌ من إطلاق الأسير عن القيد، وإطلاق البعير عن العِقَال، فكان نفس الطلاق إحساناً؛ لأنَّ نفس المانع ضرر، لا سيِّما إذا كان الإطلاق متضمِّناً معنى الإعتاق، وفي ذلك قال النبي صلَّى الله تعالى عليه وسلَّم: «النِّكاح رقّ»، فكان الطلاق إعتاقاً، وكل إعتاق حسن عقلًا.

ومنها: أنه شُرع العدد في الطلاق ليجرب نفسه في الفراق كما جَرَّبَ في النكاح، فإمَّا أن يصبر على موجب الطلاق، أو يرجع إلى ما فيه الإجتماع والوفاق.

ومنها: حصر العدد بالثلاث؛ لأن التجربة بها تحصل غالبًا.

ومنها: حكم الحرمة الغليظة، ليتأد بما فيه غيظ الفحول، ويتصون عن الفضول.

ومنها: أنّ الطلاق جُعل في يد الرجال دون النساء؛ لما أَنَّهن ضعيفة الأراء سريعة الاغترار قليلة الاصطبار.

ومنها: أنهُ لم يشترط العوض في أصله؛ لأنه لو شُرط لشرط عليها بذمتها[1] وهي

(١) هكذا في (ع١) و(ع٢) و(د٢) وغيرها، وفي نسخة عاطف أفندي (عط): بمدتها.

....

عاجزة عن الأداء على ما عليه جبلتها، فلا يحصل فيه مقاصد النصيبيَّة، وإلى ما وراها من المحاسن السنيَّة.

ثم يحتاج هاهُنا إلى بيان سبعة أشياء: وهي بيان معناه لغةً، وشريعةً، ورُكنه، وسببه، وشرطه، وحكمه، وأقسامه.

فأمَّا اللغة: فهو عبارة عن رفع القيد، يقال: طلق يُطلق تطليقاً وطلاقاً، كما يُقال: سلم يسلم تسليماً وسلاماً، وهو أيضاً عبارة عن ارتفاع القيد، يُقال: طلقتُ المرأة، تطلق بطلاق، وهو مشتق من إطلاق الإبل والأسير، ولكن استعمل في حق النساء من باب التفعيل، وفي غيرها من باب الإفعال، وعن هذا قالوا: لو قال لامرأته:أنت مطلَّقَةٌ بالتشديد، يقع الطلاق بدون النية، ولو قال: أنتِ مطْلَقة، بسكون الطاء لا يقع بدون النية، وإن كانا في اللغة سواءً، وهذا كما في قولهم: حِصَانٌ، وحَصَانٌ، كلاهما للمنع، ولكن يُقال في الفرس: حِصان بالكسر، وفي المرأة حَصَانٌ بالفتح، وكذلك عَدَلَ وعُدِل بالفتح والكسر، كلاهما من المعادلة، لكن العدل مخصوص بالآدمي دون الآخر.

وأمَّا الثانِي: فإنه في عُرف الفقهاء عبارة عن لفظة صادرة من الزوج، رافعة قيدَ النكاح عن المرأة المنكوحة.

وأمَّا رُكنه: فهو هذه اللفظ الصادرة من الزوج.

وأمَّا سَببه: فهو الحاجة المحوجة إلى الطَّلاق من المشاجرة، وعدم الموافقة، وخوف خياطة حدود الزواج، ورغبة استبدال غيرها التي لا يجامعها، إمَّا شرعاً كأختها وأربع سواها، وإمَّا طبعاً كعامة الضَّراير وغيرها.

وأمَّا شرطه: فمن الزوج كونه عاقلًا بالغاً، ومن المرأة كونها في نكاحه، أو عدَّته التي تصلح بها محلًّا للطلاق على ما قدَّمنا في النكاح.

وأمَّا حكمه: فزوال الملك عن المحل بعد انقاص العدد في البائن وانتقاص العدد في الحال، وزوال الملك عند انقضاء العدَّة في الرجعي، والإثم في مواضع مخصوصة على ما يجيء.

(بَابُ طَلَاقِ السُّنَّةِ)

قَالَ: (الطَّلَاقُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ: حَسَنٌ، وَأَحْسَنُ، وَبِدْعِيٌّ، فَالأَحْسَنُ أَنْ يُطَلِّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ تَطْلِيقَةً وَاحِدَةً فِي طُهْرٍ لَمْ يُجَامِعْهَا فِيهِ وَيَتْرُكَهَا حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا)؛ لِأَنَّ الصَّحَابَةَ - رَضِيَ اللهُ تَعَالَى عَنْهُمْ - كَانُوا يَسْتَحِبُّونَ أَنْ لَا يَزِيدُوا فِي الطَّلَاقِ عَلَى وَاحِدَةٍ حَتَّى تَنْقَضِيَ العِدَّةُ فَإِنَّ هَذَا أَفْضَلُ عِنْدَهُمْ مِنْ أَنْ يُطَلِّقَهَا الرَّجُلُ ثَلَاثًا عِنْدَ كُلِّ طُهْرٍ وَاحِدَةً؛ وَلِأَنَّهُ أَبْعَدُ مِنَ النَّدَامَةِ وَأَقَلُّ ضَرَرًا بِالْمَرْأَةِ وَلَا خِلَافَ لِأَحَدٍ فِي الكَرَاهَةِ (وَالحَسَنُ هُوَ طَلَاقُ السُّنَّةِ، وَهُوَ أَنْ يُطَلِّقَ المَدْخُولَ بِهَا ثَلَاثًا

وأمَّا أقسامه: فهي ما ذُكر في الكتاب بقوله: الطَّلَاقُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ، إلى هذا أشار في «المبسوط» و«المنشور» وغيرهما.

فإيقاع الطلاق مباح وإن كان مبغضاً في الأصل عند عامة العلماء، ومن الناس من يقول: لا يُباح إيقاع الطلاق إلا عند الضرورة؛ لقوله صلى الله عليه وسلَّم: «لعن الله كل ذوَّاق مطلاق».

ولنا قوله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ﴾ [البقرة: ٢٣٦]، وقوله تعالى: ﴿إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١]، وذلك كله يقتضي إباحة الإيقاع، وطلق رسول الله صلى الله عليه وسلم حفصة، وكذلك الصحابة رضوان الله عليهم، فطلق المغيرة بن شعبة رضي الله عنه كان له أربع نسوة، فأقامهنَّ بين يديه صفًّا، وقال: أنتنَّ حسنات الأخلاق، ناعمات الأرزاق، طويلات الأعناق، اذهبن فأنتن طلاق، كذا في «المبسوط».

وذكر في «الأسرار»: التحريمات التي تنفذ من الزوج بحكم ملك النكاح أربعة أنواع: الطلاق، والإيلاء، واللعان، والظهار.

قوله: وَلَا خِلَافَ لِأَحَدٍ فِي الكَرَاهَةِ، أي: في عدم الكراهة، كذا وجدتُّ بخط شيخي

فِي ثَلَاثَةِ أَطْهَارٍ) وَقَالَ مَالِكٌ - رَحِمَهُ اللهُ -: إِنَّهُ بِدْعَةٌ وَلَا يُبَاحُ إِلَّا وَاحِدَةٌ؛ لِأَنَّ الأَصْلَ فِي الطَّلَاقِ هُوَ الحَظْرُ وَالإِبَاحَةُ لِحَاجَةِ الخَلَاصِ وَقَدِ انْدَفَعَتْ بِالوَاحِدَةِ، وَلَنَا قَوْلُهُ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فِي حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا - «إِنَّ مِنَ السُّنَّةِ أَنْ تَسْتَقْبِلَ الطُّهْرَ اسْتِقْبَالًا فَتُطَلِّقَهَا لِكُلِّ قُرْءٍ تَطْلِيقَةً» وَلِأَنَّ الحُكْمَ يُدَارُ عَلَى دَلِيلِ الحَاجَةِ وَهُوَ الإِقْدَامُ عَلَى الطَّلَاقِ فِي زَمَانِ تَجَدُّدِ الرَّغْبَةِ وَهُوَ الطُّهْرُ الخَالِي عَنِ الجِمَاعِ، فَالحَاجَةُ كَالمُتَكَرِّرَةِ نَظَرًا إِلَى دَلِيلِهَا، ثُمَّ قِيلَ: الأَوْلَى أَنْ يُؤَخِّرَ الإِيقَاعَ إِلَى آخِرِ الطُّهْرِ احْتِرَازًا عَنْ تَطْوِيلِ العِدَّةِ، وَالأَظْهَرُ أَنْ يُطَلِّقَهَا كَمَا طَهُرَتْ؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَخَّرَ رُبَّمَا يُجَامِعُهَا، وَمِنْ قَصْدِهِ التَّطْلِيقُ فَيُبْتَلَى بِالإِيقَاعِ عَقِيبَ الوِقَاعِ.

(وَطَلَاقُ البِدْعَةِ أَنْ يُطَلِّقَهَا ثَلَاثًا بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ أَوْ ثَلَاثًا فِي طُهْرٍ وَاحِدٍ، فَإِذَا فَعَلَ ذَلِكَ

رحمه الله؛ لأن الأصل في الطلاق هو الحظر؛ لأنه قطع النكاح الذي هو سُنة، فيكون محظورًا؛ ولأن الحكم وهو إباحة الطلاق يدار على دليل الحاجة لا على حقيقتها؛ لأن الوقوف على حقيقة الحاجة متعذر، فيُقام السَّبب الظاهر مقام الأمر الخفي تيسيرًا.

قوله: فَإِذَا فَعَلَ ذَلِكَ وَقَعَ الطَّلَاقُ، وهذا احتراز عن قول الشيعة.

وفي «المبسوط»: إذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض أو في طهر قد جامعها فيه، يقع الطلاق عند جمهور الفقهاء، وعند الشيعة لا يقع، وإذا طلَّقها ثلاثـًا جملة عندنا يقعُ ثلاثـًا، والزيديَّة من الشيعة يقولون: يقع واحدة، والإماميَّة يقولون: لا يقع شيء، ويزعمون أنه قول علي رضي الله عنه، وهو افتراء منهم على عليٍّ رضي الله عنه، ومشهور من قول عليٍّ رضي الله عنه: «كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمعتوه»، وشبهتهم أن الزوج مأمور شرعـًا بإيقاع الطلاق للسنة، والمأمور من جهة الزوج بإيقاع الطلاق للسنة، وهو الوكيل إذا أوقع لغير السنة، لا يقع، فكذلك المأمور شرعـًا بل أولى؛ لأن أمر الشرع ألزم.

وَقَعَ الطَّلَاقُ وَكَانَ عَاصِيًا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: كُلُّ الطَّلَاقِ مُبَاحٌ؛ لِأَنَّهُ

وحُجَّتنا في ذلك حرفان:

أحدهما: أن النهي دليل ظاهر على تحقق المنهي عنه؛ لأن النهي عمَّا لا يتحقق لا يكون، فإن مُوجب النهي الانتهاء على وجه يكون المنهي عنه فيه مختارًا، حتى يستحق الثواب إذا انتهى، ويستوجب العقاب إذا أقدم، وما لم يكن المنهي عنه متحققـًا لا يتصور كونه مختارًا في الانتهاء.

والثاني: أن النهي متى كان لمعنى في غير المنهي عنه لا يعدم المنهي عنه، ولا يمنع نفوذه شرعـًا كالنهي عن الصلاة في الأرض المغصوبة، وهاهُنا النهي لمعنى في غير الطلاق من تطويل العدَّة، أو اشتباه أمر العدَّة عليها، أو سدّ باب التلاقي عند النّدم، فلا يمنع نفوذه.

وهذا بخلاف الوكيل؛ فإن نفوذ تصرفه بأمر الموكل، فإذا خالف المأمورَ لم ينفذ، وهاهُنا نفوذ تصرفه بحكم ملكه، وهو بعقد النكاح صار مالكـًا للتطليقات، والملك عليه تامٌّ لنفوذ التصرف ممَّن هو من أهل التصرّف، وإن لم يكن مأمورًا به ولا مأذونـًا فيه، بخلاف الصَّبي والمعتوه؛ لأن الأهليَّة لإيقاع الطلاق غير متحققة فيهما.

وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله: بين الناس اختلاف في وقوع الثلاث في هذه الصورة، وهذا الاختلاف غير معتدٍّ به، حتى لا يسع للقاضي أن يقضى به، ولو قضى لا ينفذ.

وذكر الرازي: ولم يجعل أصحابنا قول من نفى الوقوع خلافـًا؛ لأنهم أوجبوا الحدَّ على من وطئها في العدة.

قوله: فَيُبْتَلَى بِالإِيقَاعِ عَقِيبَ الوَقَاعِ، يعني لو أخّر الطلاق إلى آخر الطُّهر يحتمل أن يجامع؛ لأن الطهر زمان تجدد الرغبة فإذا جامع ومن قصده التطليق فيُبتلى الزوج بالطلاق البدعي، وهو الطلاق بعد الجماع، فيكون مبتلى بالطلاق البدعي ضرورة.

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: كُلُّ الطَّلَاقِ مُبَاحٌ، فإن قلتَ: يشكل على هذا التعميم طلاقه في حال الحيض، وطلاقه في طهر قد جامعها فيه، فإن الطلاق في هذين الوقتين حرام عنده أيضـًا، كذا ذكره في «المبسوط»، و«الخلاصة الغزالية».

تَصَرُّفٌ مَشْرُوعٌ حَتَّى يُسْتَفَادَ بِهِ الحُكْمُ وَالمَشْرُوعِيَّة لا تُجَامِعُ الحَظْرَ، بِخِلَافِ

قلتُ: أمَّا الطلاق في حال الحيض فقد ذكر جوابه في الكتاب، وهو أنه اقترن به معنى محرّم، وهو تطويل العدة، وكذلك الطلاق في طهر قد جامعها فيه قد اقترن به أمر محرم، وهو التباس أمر العدَّة عليها، فإنه إذا طلقها في طهر قد جامعها فيه يلتبس أمر العدَّة، فإنها لا تدري أنَّها حامل فتعتد بوضع الحمل، أو حائض فتعتد بالإقراء، وأمَّا إذا طلقها في طهر لم يجامعها فيه فقد انعدم هذان المعنيان، فيجوز من غير كراهة سواء أوقع الثلاث أو الواحدة، وهو معنى قولهم: هذا طلاق صادفَ زمان الاحتساب مع زوال الارتياب.

ثم قال: لا أعرف في الجمع بدعة، ولا في التفريق سنة، بل الكل مباح، ويقول: إيقاعُ الثلاث جملة سنة، حتى إذا قال لامرأته: أنتِ طالق ثلاثـًا للسنة، وقع الكل في الحال عنده،قال: وبالاتفاق لو نوى وقوع الطلاق الثلاث جُملة يقع جُملة، ولو لم يكن ذلك سُنة، لما عملت نيته؛ لأن النية بخلاف الملفوظ باطل.

واستدلَّ بحديث الحسن بن علي رضي الله عنهما طلَّق امرأته شَهْبَانُو ثلاثـًا حين هنأته بالخلافة بعد موت علي رضي الله عنه.

وحجتنا في ذلك ظاهر قوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾ [البقرة: ٢٢٩] معناهُ في دفعتين، كقول القائل: أعطيتُه مرَّتين، وضربته مرَّتين، والألف واللام للجنس، فيقتضي أن يكون كل الطلاق المباح في دفعتين، ودفعة ثالثة في قوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا﴾ [البقرة: ٢٣٠]، أو في قوله تعالى: ﴿أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩] على حسب ما اختلف فيه أهل التفسير.

وفي حديث محمود بن لبيد: «أن رجلًا طلق امرأته ثلاثـًا بين يدي رسول الله صلَّى الله عليه وسلم، فقام رسول الله صلَّى الله عليه وسلم مغضبـًا، فقال: أتلعبون بكتاب الله تعالى وأنا بين أظهركم»، واللعب بكتاب الله تعالى ترك العمل به، فدلَّ أن إيقاع الثلاث جملة مخالفة للعمل بما في الكتاب، وأن المراد من قوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١]، تفريق الطلقات على عدد إقراء العدَّة، ألا ترى أنه خاطبَ الزوج بالأمر بإحصاء العدة، وفائدته التفريق فإنه قال: ﴿لَا تَدۡرِي لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحۡدِثُ بَعۡدَ ذَٰلِكَ أَمۡرٗا﴾ [الطلاق: ١]، أي:

الطَّلَاقِ فِي حَالَةِ الحَيْضِ؛ لِأَنَّ المُحَرَّمَ تَطْوِيلُ العِدَّةِ عَلَيْهَا لا الطَّلَاقِ، وَلَنَا أَنَّ الأَصْلَ فِي الطَّلَاقِ هُوَ الحَظْرُ لِمَا فِيهِ مِنْ قَطْعِ النِّكَاحِ الَّذِي تَعَلَّقَتْ بِهِ المَصَالِحُ الدِّينِيَّةُ وَالدُّنْيَوِيَّةُ وَالإِبَاحَةُ لِلْحَاجَةِ إِلَى الخَلَاصِ، وَلا حَاجَةَ إِلَى الجَمْعِ بَيْنَ الثَّلَاثِ وَهِيَ فِي المُفَرَّقِ عَلَى الأَطْهَارِ ثَابِتَةٌ نَظَرًا إِلَى دَلِيلِهَا،

يبدو له فيُراجعها، وذلك عند التفريق لا عند الجمع.

وفي حديث عُبادة بن صامت رضي الله عنه: «أن قومـًا جاءوا إلى رسول الله صلَّى الله عليه وسلم وقالوا: إنَّ أبانا طلق امرأته ألفـًا، فقال: بانت امرأته بثلاث في معصية، وبقي تسعمائة وسبعة وتسعون وِزرًا في عُنقه إلى يوم القيامة»، وأن الحسن رضي الله عنه إنما قال لشَهْبانُو: أنتِ طالق ثلاثـًا للسنة، وعندنا هذا لا بأسَ به.

ولأن في إيقاع الثلاث قطع باب التلافي، وتفويت التدارك عند الندم، وفيه معنى مُعارضة الشرع؛ لما أن الإسقاطات في الأصل لا تتعدد، كالعتاق، والعفو عن القصاص وغيره، وإنَّما جعل الشرع الطلاق متعددًا لمعنى التدارك عند الندم، فلا يحل له تفويت هذا المعنى على نفسه بعد ما نظر الشرع له، كما لا يُباح له الإيقاع في حالة الحيض؛ لأنه حال نفرة الطبع عنها، وكونه ممنوعـًا شرعـًا فالظاهر أنه يندم إذا جاء زمان الطهر، فيكره إيقاع الطلاق في حالة الحيض لمعنى خوف الندم، فهذا مثله، كذا في «المبسوط».

قوله: لِمَا فِيهِ مِنْ قَطْعِ النِّكَاحِ الَّذِي تَعَلَّقَتْ بِهِ المَصَالِحُ الدِّينِيَّةُ وَالدُّنْيَوِيَّةُ، أمَّا الدينية؛ فلأن فيه حفظ نفسه عن الزنا وحفظ المرأة عن الزنا، وفيه تكثير المُوحِّدين، وتحقيق مباهاة سيِّد المرسلين بكثرة أمته.

وأمَّا الدنياويَّة؛ فلأن بالنكاح يقوم أمر المعيشة؛ لأن المرأة تعمل داخل البيت والرجُل خارجه، فينتظم أمرهما، كذا في «الطَّريقة البرغريَّة».

قوله: وَهِيَ فِي المُفَرَّقِ عَلَى الأَطْهَارِ ثَابِتَةٌ، أي: والحاجة ثابتة في التفريق على الأطهار.

قوله: نَظَرًا إِلَى دَلِيلِهَا، أي: دليل الحاجة، وهو الإقدام على الطلاق في زمان تجديد

وَالحَاجَةُ فِي نَفْسِهَا بَاقِيَةٌ فَأَمْكَنَ تَصْوِيرُ الدَّلِيلِ عَلَيْهَا، وَالمَشْرُوعِيَّةُ فِي ذَاتِهِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ إِزَالَةُ الرِّقِّ لا تُنَافِي الحَظْرَ لِمَعْنًى فِي غَيْرِهِ وَهُوَ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَكَذَا إِيقَاعُ

الرغبة وهو الطهر.

فإن قلتَ: لو كانت الإباحة دائرة مع دليل الحاجة وهو الإقدام على الطلاق في زمان تجدّد الرغبة، وهو الطهر على ما ذكرت ينبغي أن لا يتفاوت بين إرسال الثلاث جملة في ذلك الوقت، أو تفريق الثلاث لوجود دليل الإباحة عند إرسال الثلاث أيضاً، وهو الإقدام على الطلاق في زمان تجدّد الرغبة.

قلتُ: نعم كذلك، فإن دليل الإباحة قد وُجد، ولكن عارضه دليل الحرمة، وهو مخالفة السُّنة؛ وهو قوله صلَّى الله عليه وسلم: «إن من السنة أن تستقبل الطهر استقبالًا»، وحديث عبادة بن صامت رضي الله عنه في إثبات المعصية عند إرسال الثلاث جُملة، وغيرهما من النصوص، والعلة لا تعمل في معارضة النص، وإنما عملها عند عدم النصِّ.

قوله: وَالحَاجَةُ فِي نَفْسِهَا بَاقِيَةٌ، هذا جوابُ سؤال مقدَّر ذكره فخر الإسلام رحمه الله في «مبسوطه»، وهو أن الأصل في الطلاق لو كان حظرًا والإباحة تعارضه لكان لا يُباح الطلاق الثاني والثالث، وإن فرَّقهما على الأطهار، لانقضاء الحاجة بالواحدة؛ لأن الخلاص بالواحدة يتحقق، فأجابَ عنه وقال: دليل الحاجة موجود وهو قيامُ ملكه، فجاز أن يكون الزوج محتاجاً إلى سدِّ باب التزوُّج لبداية فيها أو لمعنًى آخر، فكانت حاجة باقية إلى استكمال الثلاث بالتفريق، فيجبُ على هذا التعليل أن يُباح إرسال الثلاث جملةً أيضاً، لكن لما كانت العلة على ذلك التقدير معارضة للنص لم تؤثر، فأثرت عند عدم المعارضة، وهو باستكمال الثلاث بالتفريق على الأطهار.

قوله: وَالمَشْرُوعِيَّةُ فِي ذَاتِهِ، إلى آخره، هذا جوابٌ عمَّا قاله الخصم، وهو قوله: وَالمَشْرُوعِيَّة لا تُجَامِعُ الحَظْرَ.

وإنا نقول: الحظر جاء لمعنى في غير الطلاق، وَهُوَ مَا ذَكَرْنَاهُ، وهو قوله: فِيهِ مِنْ قَطْعِ النِّكَاحِ الَّذِي تَعَلَّقَتْ بِهِ المَصَالِحُ، وسُنة النبي صلى الله عليه وسلَّم، ولكن ليس في نفس

الثِّنْتَيْنِ فِي طُهْرٍ وَاحِدٍ بِدْعَةٌ؛ لِمَا قُلْنَا، وَاخْتَلَفَتِ الرِّوَايَةُ فِي الوَاحِدَةِ البَائِنَةِ، قَالَ فِي الأَصْلِ: إِنَّهُ أَخْطَأَ السُّنَّةَ؛ لِأَنَّهُ لا حَاجَةَ إِلَى إِثْبَاتِ صِفَةٍ زَائِدَةٍ فِي الخَلاصِ وَهِيَ البَيْنُونَةُ، وَفِي الزِّيَادَاتِ أَنَّهُ لا يُكْرَهُ لِلْحَاجَةِ إِلَى الخَلاصِ نَاجِزًا.

(وَالسُّنَّةُ فِي الطَّلَاقِ مِنْ وَجْهَيْنِ: سُنَّةٌ فِي الوَقْتِ، وَسُنَّةٌ فِي العَدَدِ، فَالسُّنَّةُ فِي العَدَدِ يَسْتَوِي فِيهَا المَدْخُولُ بِهَا وَغَيْرُ المَدْخُولِ بِهَا) وَقَدْ ذَكَرْنَاهَا (وَالسُّنَّةُ فِي الوَقْتِ تَثْبُتُ فِي المَدْخُولِ بِهَا خَاصَّةً، وَهُوَ أَنْ يُطَلِّقَهَا فِي طُهْرٍ لَمْ يُجَامِعْهَا فِيهِ) لِأَنَّ المُرَاعَى دَلِيلُ الحَاجَةِ وَهُوَ الإِقْدَامُ عَلَى الطَّلَاقِ فِي زَمَانِ تَجَدُّدِ الرَّغْبَةِ وَهُوَ الطُّهْرُ الخَالِي عَنِ الجِمَاعِ، أَمَّا زَمَانُ الحَيْضِ فَزَمَانُ النَّفْرَةِ، وَبِالجِمَاعِ مَرَّةً فِي الطُّهْرِ تَفْتُرُ الرَّغْبَةُ (وَغَيْرُ المَدْخُولِ بِهَا يُطَلِّقُهَا فِي حَالَةِ الطُّهْرِ وَالحَيْضِ) خِلَافًا لِزُفَرَ - رَحِمَهُ

الطلاق حظر؛ لأن نفسه إزالة الرق وهي محمودة وليست بمحظورة، فصار هو كالصلاة في الأرض المغصوبة، فإنها مكروهة باعتبار الغصب،لا أنَّها مكروهة في ذاتها.

قوله: لِمَا قُلْنَا، إشارة إلى **قوله:** وَلا حَاجَةَ إِلَى الجَمْعِ بَيْنَ الثَّلَاثِ.

قوله: وَسُنَّةٌ فِي العَدَدِ، وهي إيقاع الواحدة في طهر لم يجامعها فيه، ويصبر إلى أن ينقضي الأجل، وكذلك: السُّنَّةُ فِي الوَقْتِ، هي أن يختار الوقت، وَهُوَ الطُّهْرُ الخَالِي عَنِ الجِمَاعِ لإيقاع الطلاق، ولكن الافتراق بينهما هو أنَّ المقصود في سنة الوقت هو الوقت، وَهُوَ الطُّهْرُ الخَالِي عَنِ الجِمَاعِ، وفي سنة العدد المقصود هو رعاية جانب العدد، فلذلك لم تختلف في سنة العدد المدخول بها وغير المدخول بها، غير أنَّهما يختلفان في حق الوقت، ففي حق المدخول بها يشترط الوقت، وَهُوَ الطُّهْرُ الخَالِي عَنِ الجِمَاعِ؛ لكون الطلاق سبباً، وفي غير المدخول بها لا يشترط، حتى أنه لو طلقها في حالة الحيض لا يكون بدعيًا؛ لما أن الرغبة فيها صادقة لعدم الدخول بها، وإنَّما سُمي الواحد عددًا مجازًا؛ لأنه أصل العدد.

اللهُ - هُوَ يَقِيسُهَا عَلَى المَدْخُولِ بِهَا، وَلَنَا أَنَّ الرَّغْبَةَ فِي غَيْرِ المَدْخُولِ بِهَا صَادِقَةٌ لا تَقِلُّ بِالحَيْضِ مَا لَمْ يَحْصُلْ مَقْصُودُهُ مِنْهَا، وَفِي المَدْخُولِ بِهَا تَتَجَدَّدُ بِالطُّهْرِ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَتِ المَرْأَةُ لا تَحِيضُ مِنْ صِغَرٍ أَوْ كِبَرٍ فَأَرَادَ أَنْ يُطَلِّقَهَا ثَلاثًا لِلسُّنَّةِ طَلَّقَهَا وَاحِدَةً، فَإِذَا مَضَى شَهْرٌ طَلَّقَهَا أُخْرَى، فَإِذَا مَضَى شَهْرٌ طَلَّقَهَا أُخْرَى)؛ لِأَنَّ الشَّهْرَ فِي حَقِّهَا قَائِمٌ مَقَامَ الحَيْضِ، قَالَ اللهُ تَعَالَى: ﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ المَحِيضِ﴾ إِلَى أَنْ قَالَ: ﴿وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾ [الطلاق: ٤]،

قوله: وَلَنَا أَنَّ الرَّغْبَةَ فِي غَيْرِ المَدْخُولِ بِهَا صَادِقَةٌ لا تَقِلُّ بِالحَيْضِ، فكان الطلاق في حالة الطهر مشروعـًا بلا كراهة نظرًا إلى دليل الرغبة.

فإن قيل: ينبغي أن يكون الطلاق في حالة الحيض مكروهـًا في حق غير المدخولة أيضـًا؛ لقوله عليه الصلاة والسلام لعُمر رضي الله عنه: «إن ابنك أخطأ السنة» والعبرة لعموم اللفظ، وهو الطلاق في حالة الحيض، فيَعُم المدخول بها وغير المدخول بها.

قلنا: كان ذلك في حق المدخول بها بدليل آخر ذلك الحديث وهو: «مُرِ ابْنَكَ فَلْيُرَاجِعْهَا».

قوله: لِأَنَّ الشَّهْرَ فِي حَقِّهَا قَائِمٌ مَقَامَ الحَيْضِ، فإن قيل: لمَّا أقيم الشهر مقام الحيض، فإذا أوقع الطلاق في أيِّ شهر كان من الأشهر الثلاثة، كان موقعـًا الطلاق في الحيض، فكان حرامـًا كما في حالة الحيض.

قلنا: الخلف تبع الأصل بحاله لا بذاته، أي لا يقوم مقامه من جميع الوجوه، فإن الشهر في حق الآيسة طهر حقيقة، وإنَّما أقيم الشهر مقام الحيض في حق انقضاء العدة والاستبراء.

وذكر شيخ الإسلام رحمه الله: فلو كان الأشهر بدلًا عن الإقراء في حق جميع الأحكام، لكان الطلاق بعد الجماع محرمـًا، كما في حق ذوات الإقراء، فلما لم يحرم علم أن الأشهر قامت مقام الحيض في حق تعلق انقضاء العدَّة بها لا غير.

قوله: ﴿وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾، أي: من الصغائر اللاتِي لم يبلغن، أو اللاتِي بلغن بغير

وَالإِقَامَةُ فِي حَقِّ الحَيْضِ خَاصَّةً حَتَّى يُقَدَّرَ الاِسْتِبْرَاءُ فِي حَقِّهَا بِالشَّهْرِ وَهُوَ بِالحَيْضِ لا بِالطُّهْرِ، ثُمَّ إِنْ كَانَ الطَّلَاقُ فِي أَوَّلِ الشَّهْرِ تُعْتَبَرُ الشُّهُورُ بِالأَهِلَّةِ، وَإِنْ كَانَ فِي وَسَطِهِ فَبِالأَيَّامِ فِي حَقِّ التَّفْرِيقِ،

حيض، كذلك يعتدون بثلاثة أشهر، كذا في «التيسير».

قوله: وَالإِقَامَةُ فِي حَقِّ الحَيْضِ خَاصَّةً، أي: إقامة الشهر مقام الحيض في حق الحيض خاصة، لا في حق الحيض والطهر، وهذا احتراز عن ظن بعض أصحابنا.

وفي «المبسوط»: وقد طعن بعض أصحابنا أن الشهر في حق التي لا تحيض بمنزلة الحيض والطهر في حق التي تحيض، وليس كذلك، بل الشهر في حقِّها بمنزلة الحيض في حق التي تحيض، حتى يتقدَّر به الاستبراء، ولو كانت الإقامة باعتبارهما لكان ينبغي أن يقدر الاستبراء بعشرة؛ لأنه أكثر الحيض، ويفصل به بين طلاقي السنة؛ وهذا لأن المعتبر في حق ذوات القرء الحيض، ولكن لا يتصور تجدد الحيض إلا بتحلل الطهر، وفي الشهور ينعدم هذا المعنى، فكان الشهر قائماً مقام ما هو المعتبر.

فإن قلتَ: في أيِّ موضع تظهر ثمرة اختلاف بعض أصحابنا في أن الشهر قائم مقام الحيض والطهر، وعند غيرهم في حق الحيض خاصة.

قلتُ: في حق إلزام الحجة، فإنَّهم لمَّا اجتمعوا على أن الاستبراء يكتفي بالحيض لا غير، من غير توقف إلى الطهر فالشهر قائم مقامه في حق التي لا تحيض، علمنا أن الشهر قائم مقام الحيض لا غير؛ لأن الخلف إنما يعمل فيما يعمل فيه الأصل، واشتراط الحيض مع الطهر في ثلاث حيض إنما كان لتحقق العدد عدد الثلاثة، لا لذات الطهر على ما ذكر في «المبسوط»، ولو كان لذاته لاشترط فيما لا يشترط فيه العدد من الحيض، فكانوا محجوجين بما قلنا من أثر العلة تعبير الشهور بالأهلة، سواءٌ كانت ناقصة أو كاملة.

قوله: وَإِنْ كَانَ فِي وَسَطِهِ، أي: وإن كان إيقاع الطلاق في وسط الشهر ففي حق تفريق الطلاق يعتبر كل شهر بالأيام، وذلك ثلاثون يوماً بالاتفاق.

وَفِي حَقِّ العِدَّةِ كَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا يُكْمِلُ الأَوَّلَ بِالأَخِيرِ وَالمُتَوَسِّطَانِ بِالأَهِلَّةِ وَهِيَ مَسْأَلَةُ الإِجَارَاتِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ أَنْ يُطَلِّقَهَا وَلا يَفْصِلُ بَيْنَ وَطْئِهَا وَطَلاقِهَا بِزَمَانٍ) وَقَالَ زُفَرُ: يَفْصِلُ بَيْنَهُمَا بِشَهْرٍ لِقِيَامِهِ مَقَامَ الحَيْضِ؛ وَلأَنَّ بِالجِمَاعِ تَفْتُرُ الرَّغْبَةُ، وَإِنَّمَا تَتَجَدَّدُ بِزَمَانٍ وَهُوَ الشَّهْرُ: وَلَنَا أَنَّهُ لا يُتَوَهَّمُ الحَبَلُ فِيهَا، وَالكَرَاهِيَةُ فِي ذَوَاتِ الحَيْضِ بِاعْتِبَارِهِ؛ لِأَنَّ عِنْدَ ذَلِكَ يُشْتَبَهُ وَجْهُ العِدَّةِ، وَالرَّغْبَةُ وَإِنْ كَانَتْ تَفْتُرُ مِنَ الوَجْهِ الَّذِي ذَكَرَ لَكِنْ تَكْثُرُ مِنْ وَجْهٍ آخَرَ؛ لِأَنَّهُ يَرْغَبُ فِي وَطْءٍ غَيْرِ مُعَلَّقٍ فِرَارًا عَنْ مُؤَنِ الوَلَدِ فَكَانَ الزَّمَانُ

قوله: وَفِي حَقِّ العِدَّةِ كَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، أي: يعتبر جميع ثلاثة أشهر بالأيام، ولا يحكم بانقضاء عدتها إلا بتمام تسعين يوماً من حين طلقها، كذا في «المبسوط».

قوله: وَيَجُوزُ أَنْ يُطَلِّقَهَا وَلا يَفْصِلُ بَيْنَ وَطْئِهَا وَطَلَاقِهَا بِزَمَانٍ، قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: وكان شيخنا رحمه الله يقول: هذا إذا كانت صغيرة لا يرجى منها الحيض والحبل، وأمَّا إذا كانت صغيرة يرجى منها الحيض والحبل فالأفضل أن يفصل بين جماعها وطلاقها بشهر، كذا في «المحيط».

قوله: لَكِنْ تَكْثُرُ مِنْ وَجْهٍ آخَرَ، فإن قيل: تعارضت جهة الرغبة مع جهة الفتور فتساقطتا بالمعارضة، فرجعنا إلى الأصل وهو أن الأصل في الطلاق الحظر؛ لما مرَّ، فيحرم عدم الفصل بين وطئها بطلاقها كما في ذوات الحيض.

قلنا: الطهر زمان الرغبة، فلمَّا عارضه فتور الرغبة بالجماع تساويا، فترجحت جهة الرغبة بعد معارضتها بكون الوطء غير معلق.

أو نقول: تعارض الفتور بالجماع مع الرغبة المعينة، وهي الرغبة في وطء غير معلق، فبقي نفس الرغبة باعتبار أن الزمان زمان الطهر؛ وذلك لأن انتفاء المعين لا يوجب انتفاء

زَمَانَ رَغْبَةٍ وَصَارَ كَزَمَانِ الحَبَلِ.

(وَطَلَاقُ الحَامِلِ يَجُوزُ عَقِيبَ الجِمَاعِ)؛ لِأَنَّهُ لا يُؤَدِّي إِلَى اشْتِبَاهِ وَجْهِ العِدَّةِ، وَزَمَانُ الحَبَلِ زَمَانُ الرَّغْبَةِ فِي الوَطْءِ لِكَوْنِهِ غَيْرَ مُعَلَّقٍ أَوْ يَرْغَبُ فِيهَا لِمَكَانِ وَلَدِهِ مِنْهَا فَلَا تَقِلُّ الرَّغْبَةُ بِالجِمَاعِ (وَيُطَلِّقُهَا لِلسُّنَّةِ ثَلَاثًا يَفْصِلُ بَيْنَ كُلِّ تَطْلِيقَتَيْنِ بِشَهْرٍ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَزُفَرُ: لا يُطَلِّقُهَا لِلسُّنَّةِ إِلَّا وَاحِدَةً؛ لِأَنَّ الأَصْلَ فِي الطَّلَاقِ الحَظْرُ، وَقَدْ وَرَدَ الشَّرْعُ بِالتَّفْرِيقِ عَلَى فُصُولِ العِدَّةِ، وَالشَّهْرُ فِي حَقِّ الحَامِلِ لَيْسَ مِنْ فُصُولِهَا فَصَارَ كَالمُمْتَدَّةِ طُهْرُهَا، وَلَهُمَا أَنَّ الإِبَاحَةَ بِعِلَّةِ الحَاجَةِ وَالشَّهْرُ دَلِيلُهَا كَمَا فِي حَقِّ الآيِسَةِ وَالصَّغِيرَةِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّهُ زَمَانُ تَجَدُّدِ الرَّغْبَةِ عَلَى مَا عَلَيْهِ الجِبِلَّةُ السَّلِيمَةُ فَصَلَحَ عِلْمًا وَدَلِيلًا، بِخِلَافِ المُمْتَدِّ طُهْرُهَا؛ لِأَنَّ العِلْمَ فِي حَقِّهَا إِنَّمَا هُوَ الطُّهْرُ وَهُوَ مَرْجُوٌّ فِيهَا فِي كُلِّ زَمَانٍ وَلا يُرْجَى مَعَ الحَبَلِ.

(وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ فِي حَالَةِ الحَيْضِ وَقَعَ الطَّلَاقُ)؛ لِأَنَّ النَّهْيَ عَنْهُ لِمَعْنًى

المطلق، ونفس الرغبة كافية لنفي الكراهة لصلاحيتها لدليل الحاجة.

قوله: وَالشَّرْعُ وَرَدَ بِالتَّفْرِيقِ عَلَى فُصُولِ العِدَّةِ، وفصول العدة هي الأشهر أو الحيض، والشهر في حق الحامل ليس من فصولها.

قوله: وَلا يُرْجَى مَعَ الحَبَلِ، أي: لا يُرجى تجدد الطهر مع الحمل؛ لأن الحيض غير ممكن فلا يمكن الطهر؛ لأن النهي عنه لمعنى في غيره، قال شيخي رحمه الله : المراد بالنهى هاهنا هو النهي المستفاد من ضد الأمر المذكور في قوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١]، أي: أطهار عدتهن، والأمر المذكور في قوله صلَّى الله عليه وسلم: «مُرِ ابْنَكَ فَلْيُرَاجِعْهَا»؛ لما أنه كان مأمورًا برفع الطلاق الواقع في حالة الحيض لأجل الحيض، كان منهيًّا عن إيقاع الطلاق في حالة الحيض.

فِي غَيْرِهِ وَهُوَ مَا ذَكَرْنَاهُ فَلَا يَنْعَدِمُ مَشْرُوعِيَّتُهُ (وَيُسْتَحَبُّ لَهُ أَنْ يُرَاجِعَهَا) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - لِعُمَرَ: «مُرِ ابْنَكَ فَلْيُرَاجِعْهَا» وَقَدْ طَلَّقَهَا فِي حَالَةِ الحَيْضِ، وَهَذَا يُفِيدُ الوُقُوعَ وَالحَثَّ عَلَى الرَّجْعَةِ، ثُمَّ الِاسْتِحْبَابُ قَوْلُ بَعْضِ المَشَايِخِ، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ وَاجِبٌ عَمَلًا بِحَقِيقَةِ الأَمْرِ وَرَفْعًا لِلْمَعْصِيَةِ بِالقَدْرِ المُمْكِنِ بِرَفْعِ أَثَرِهِ وَهُوَ العِدَّةُ وَدَفْعًا لِضَرَرِ تَطْوِيلِ العِدَّةِ.

قَالَ: (فَإِذَا طَهُرَتْ وَحَاضَتْ ثُمَّ طَهُرَتْ، فَإِنْ شَاءَ طَلَّقَهَا وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا) قَالَ: وَهَكَذَا ذُكِرَ فِي الأَصْلِ، وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ أَنَّهُ طَلَّقَهَا فِي الطُّهْرِ الَّذِي يَلِي الحَيْضَةَ الأُولَى، قَالَ أَبُو الحَسَنِ الكَرْخِيُّ: مَا ذَكَرَهُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ،

قوله: وَهُوَ مَا ذَكَرْنَاهُ، إشارة إلى **قوله**: لِأَنَّ المُحَرَّمَ تَطْوِيلُ العِدَّةِ عَلَيْهَا لا الطَّلَاقِ؛ وذلك لأن الحيض الذي وقع الطلاق فيه لا يعتبر من العدة فتطول العدة.

قوله: وَهَذَا يُفِيدُ الوُقُوعَ؛ لأن المراجعة إنما تكون بعد وقوع الطلاق؛ ولأنه ذكر عند عُمر رضي الله عنه في الشورى ابنه فقال: سبحان الله! أقلد أمور المسلمين من لا يحسن طلاق امرأته، فطلَّقها في حالة الحيض؟ فهذا إشارة منه إلى أن ذلك كان واقعاً، خلافاً للروافض على ما ذكرنا.

قوله: عَمَلًا بِحَقِيقَةِ الأَمْرِ، وهي: (مُرْه).

لا يقال: بهذا الأمر يثبت الوجوب على عُمر بأن يأمر ابنه بالمراجعة فكيف يثبت وجوب المراجعة بقول عمر؟

قلنا: فعل النائب كفعل المنوب، فصار كأن النبي صلَّى الله عليه وسلم أمر فيثبتُ الوجوب.

قوله: فِي الطُّهْرِ الَّذِي يَلِي الحَيْضَةَ، أي: الحيضة التى طلقها فيها.

قوله: قَالَ أَبُو الحَسَنِ الكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: مَا ذَكَرَهُ، أي: ما ذكره الطحاوي.

وَمَا ذَكَرَ فِي الأَصْلِ قَوْلُهُمَا، وَوَجْهُ المَذْكُورِ فِي الأَصْلِ أَنَّ السُّنَّةَ أَنْ يَفْصِلَ بَيْنَ كُلِّ طَلَاقَيْنِ بِحَيْضَةٍ وَالفَاصِلُ هَاهُنَا بَعْضُ الحَيْضَةِ فَتَكْمُلُ بِالثَّانِيَةِ وَلَا تَتَجَزَّأُ فَتَتَكَامَلُ، وَجْهُ القَوْلِ الآخَرِ أَنَّ أَثَرَ الطَّلَاقِ قَدِ انْعَدَمَ بِالمُرَاجَعَةِ فَصَارَ كَأَنَّهُ لَمْ يُطَلِّقْهَا فِي الحَيْضِ فَيُسَنُّ تَطْلِيقُهَا فِي الطُّهْرِ الَّذِي يَلِيهِ.

(وَمَنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ وَهِيَ مِنْ ذَوَاتِ الحَيْضِ وَقَدْ دَخَلَ بِهَا: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا لِلسُّنَّةِ، وَلَا نِيَّةَ لَهُ فَهِيَ طَالِقٌ عِنْدَ كُلِّ طُهْرٍ تَطْلِيقَةً)؛ لِأَنَّ اللَّامَ فِيهِ لِلْوَقْتِ وَوَقْتُ السُّنَّةِ

قوله: وَمَا ذَكَرَ فِي الأَصْلِ قَوْلُهُمَا، وكلا الوجهين رُوي في حديث ابن عُمر رضي الله عنهما، فطريق رواية شعبة مثل قولهما، وطريق رواية أخرى مثل قول أبي حنيفة رضي الله عنه، كذا في «المبسوط».

قوله: أَنْ يَفْصِلَ بَيْنَ كُلِّ طَلَاقَيْنِ بِحَيْضَةٍ، أي: كاملة.

فإن قلتَ: هذا خلاف النص؛ لأنَّ النص وهو قوله صلَّى الله عليه وسلم: «أن يستقبل الطهر استقبالًا»، وهو غير متعرض طهرًا طلقها في الحيض الذي قبله أو لم يُطلقها فيه.

قلنا: الطهر مع الحيض المتصل به فصل واحد من فصول العدة، فالطلاق في الحيض كالطلاق في الطهر المتصل به، فلو طلقها في الطهر حقيقةً لم يكن له أن يطلقها في ذلك الطهر ثانياً على وجه السنة، فكذلك إذا طلقها في الحيض المتصل بهذا الطهر؛ لما أن السنة أن يفصل بين كل طلاقين بحيضة.

قوله: لِأَنَّ اللَّامَ فِيهِ لِلْوَقْتِ، فإن قلتَ: لمَّا كان اللام هاهُنا للوقت، كان تقدير كلامه أنتِ طالق ثلاثاً أوقات السنة، فلو قال هكذا ثم نوى إيقاع الثلاث جُملة الساعة لا يصح، بل يقع مفرقاً في ثلاثة أطهار، فيجبُ أن يكون هاهُنا كذلك، وليس هاهُنا كذلك بل يصح بنيَّة جملة الساعة بدليل قوله: وَإِنْ نَوَى أَنْ تَقَعَ الثَّلَاثُ السَّاعَةَ ... فَهُوَ عَلَى مَا نَوَى، فما وجهه؟

قلتُ: الفرق بينهما هُو أن كلامه هاهُنا ذو وجهين؛ لما أن اللام ليس بصريح في الوقت

طُهْرٌ لا جِمَاعَ فِيهِ (وَإِنْ نَوَى أَنْ تَقَعَ الثَّلاثُ السَّاعَةَ أَوْ عِنْدَ رَأْسِ كُلِّ شَهْرٍ وَاحِدَةٌ فَهُوَ عَلَى مَا نَوَى) سَوَاءٌ كَانَتْ فِي حَالَةِ الحَيْضِ أَوْ فِي حَالَةِ الطُّهْرِ، وَقَالَ زُفَرُ: لا تَصِحُّ نِيَّةُ الجَمْعِ لِأَنَّهُ بِدْعَةٌ وَهِيَ ضِدُّ السُّنَّةِ، وَلَنَا أَنَّهُ مُحْتَمِلٌ لَفْظَهُ؛ لِأَنَّهُ سُنِّيٌّ وُقُوعًا

بل يحتمله، فتُرجح جانب الوقت بذكر السنة، ومطلق السنة ينصرف إلى الكامل، وهو السنة وقوعـًا وإيقاعا؛ فلذلك انصرف إليه عند عدم النية.

وأمَّا جانبُ احتمال أن لا تكون اللام للوقت فباق، فترجح جانبُ أن لا يكون للوقت عند عدم نيَّته أن يقع جملة، وكان ذكر السنة مُنصرفـًا إلى سَنة من وجه دون وجه، وهو السنة من حيث الوقوع، وأمَّا عند التصريح بالوقت لم يحتمل غير وقت السنة، فانصرف لذلك إلى وقت السنة كاملًا، وهو أن يكون وقوعـًا وإيقاعـًا، وهو إنما يكون عند التفريق على الأطهار، وإلى هذا أشار في «الفوائد الظهيرية».

قوله: أَوْ - نوى - عِنْدَ رَأْسِ كُلِّ شَهْرٍ وَاحِدَةٌ فَهُوَ عَلَى مَا نَوَى؛ لأن رأس الشهر يحتمل أن يكون زمان طهرها فيكون سببـًا مطلقـًا.

ويحتمل أن يكون رأس الشهر زمان حيضها، فيكون سُنِّيـًا من حيث الوقوع، فكان مترددًا بين أن يكون سُنِّيـًا مطلقـًا، وبين أن يكون سُنِّيـًا من حيث الوقوع، ولو كان سُنِّيـًا من حيث الوقوع قطعـًا صحت نيته، فهذا أولى، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان.

قوله: لِأَنَّهُ سُنِّيٌّ وُقُوعًا؛ لما ذكرنا أن وقوع الثلاثة جملة من مذهب أهل السنة والجماعة؛ لما أنه عُرف صحة وقوعه بالسنة، وهو ما رُوي عن النبي صلَّى الله عليه وسلم أنه قال: «من طلق امرأته ألفـًا، بانت امرأته بثلاث، والباقي رد عليه»، وما ذكرنا من حديث عُبادة بن الصامت رضي الله عنه أن قومـًا جاءوا إلى النبى عليه الصلاة والسلام... الحديث.

فإن قيل: ما ذكرتم من المعنى موجود في الإيقاع؛ لأنه إذا صحَّ الوقوع صح الإيقاع لامتناع الوقوع بدون الإيقاع، فحينئذٍ يكون سُنِّيـًا من حيث الإيقاع والوقوع.

قلنا: الوقوع لا يوصفُ بالحرمة؛ لأنه ليس فعل المكلف؛ ولأنه حكم شرعي، وحكم

مِنْ حَيْثُ إِنَّ وُقُوعَهُ بِالسُّنَّةِ لا إِيقَاعًا فَلَمْ يَتَنَاوَلْهُ مُطْلَقُ كَلامِهِ وَيَنْتَظِمُهُ عِنْدَ نِيَّتِهِ (وَإِنْ كَانَتْ آيِسَةً أَوْ مِنْ ذَوَاتِ الأَشْهُرِ وَقَعَتِ السَّاعَةَ وَاحِدَةٌ وَبَعْدَ شَهْرٍ أُخْرَى وَبَعْدَ شَهْرٍ أُخْرَى)؛ لِأَنَّ الشَّهْرَ فِي حَقِّهَا دَلِيلُ الحَاجَةِ كَالطُّهْرِ فِي حَقِّ ذَوَاتِ الأَقْرَاءِ عَلَى مَا بَيَّنَّا (وَإِنْ نَوَى أَنْ يَقَعَ الثَّلَاثُ السَّاعَةَ وَقَعْنَ عِنْدَنَا خِلَافًا لِزُفَرَ لِمَا قُلْنَا) بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ لِلسُّنَّةِ وَلَمْ يَنُصَّ عَلَى الثَّلَاثِ حَيْثُ لا تَصِحُّ نِيَّةُ الجَمْعِ فِيهِ؛ لِأَنَّ نِيَّةَ الثَّلَاثِ إِنَّمَا صَحَّتْ فِيهِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ اللَّامَ فِيهِ لِلْوَقْتِ،

الشرع لا يوصف بالبدعة، والإيقاع يوصف بما لكونها فعل المكلف، فكان الوقوع أشبه بالسنة المرضية، فلذلك قال: سُنِّي وقوعاً، بخلاف قوله: أنتِ طالق ثلاثاً أوقات السنة؛ لأن هُناك صرح بالإضافة إلى الأوقات، وفيما نحن فيه ذكر ما هو تعريض وكناية عنها، والعمل بالصَّريح أولى، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: لا إِيقَاعًا؛ لأن السنة في الإيقاع تفريق الثلاث على الأطهار، فإن نواها جملة لا يكون الإيقاع سُنِّيًا، فحينئذٍ تكون اللام للتعليل، فكان معنى قوله: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا لِلسُّنَّةِ، أي: وقوع الثلاث جملة مستفاد لأجل السنة الواردة فيه.

قوله: وَقَعْنَ عِنْدَنَا... لِمَا قُلْنَا، وهو قوله: وَلَنَا أَنَّهُ مُحْتَمِلٌ لَفْظَهُ.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ لِلسُّنَّةِ وَلَمْ يَنُصَّ عَلَى الثَّلَاثِ، حَيْثُ لا تَصِحُّ نِيَّةُ الجُمْلَةِ فِيهِ؛ اعلم أن هذا الذي ذكره رواية بعض شروح «الجامع الصغير».

وأمَّا رواية «المبسوط»: فإنه يصح نية الثلاث جملة فيه أيضاً، كما لو نصَّ على الثلاث، كذا ذكره الإمام قاضي خان في«الجامع الصغير» وقال: إن نوى وقوع الثلاثة جملة يصح؛ لأنه إذا نوى الثلاث صار كقوله: أنت طالق ثلاثاً للسنة، وفي ذلك لو نوى الوقوع جملة يصح، كذا هنا، ذكره في باب الطلاق من «الأصل».

وذكر بعض المتأخرين في شرح هذا الكتاب: أنه لا يصح حتى لا يقع أكثر من واحدة؛

فَيُفِيدُ تَعْمِيمَ الوَقْتِ وَمِنْ ضَرُورَتِهِ تَعْمِيمُ الوَاقِعِ فِيهِ، فَإِذَا نَوَى الجَمْعَ بَطَلَ تَعْمِيمُ الوَقْتِ فَلَا تَصِحُّ نِيَّةُ الثَّلَاثِ.

لأن الثلاث ليست بملفوظة، وإنما يصح نيَّة الثلاث لتعدد وقت السنة، فإذا نوى وقوع الكل ساعة بطل تعدّد الوقت، فيبطل نية الثلاث ضرورة.

قوله: فَيُفِيدُ تَعْمِيمَ الوَقْتِ، أي: يفيد تعميم أوقات السُّنة، وَمِنْ ضَرُورَتِهِ تَعْمِيمُ الوَاقِعِ فِيهِ؛ لأنه جعل كل وقت ظرفًا للواقع، وقد تكرر الظرف فيتكرر المظروف، كما في قوله: أنت طالق في كل يوم؛ أي: من ضرورة تعميم الوقت في **قوله:** أَنْتِ طَالِقٌ لِلسُّنَّةِ، تعميم الواقع، فإذا نوى الثلاث جملة لا يتعمم الوقت، فلا يتعمم الواقع، فلا يجوز نية الثلاث؛ لأن بطلان المقتضي يوجب بطلان المقتضى في **قوله:** أَنْتِ طَالِقٌ لِلسُّنَّةِ.

وأمَّا في قوله: أنت طالق ثلاثًا للسنة، نيَّة الثلاث جُملة صحيحة؛ لأن الثلاث مذكورة صريحًا، فيصح نيته لما مرَّ، فلا يصح نية الثلاث؛ لأن نعت المفرد لا يحتمل العدد، والله تعالى أعلم.

* * *

(فَصْلٌ)

(وَيَقَعُ طَلَاقُ كُلِّ زَوْجٍ إِذَا كَانَ عَاقِلًا بَالِغًا، وَلَا يَقَعُ طَلَاقُ الصَّبِيِّ وَالمَجْنُونِ وَالنَّائِمِ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «كُلُّ طَلَاقٍ جَائِزٌ إِلَّا طَلَاقَ الصَّبِيِّ وَالمَجْنُونِ» وَلِأَنَّ الأَهْلِيَّةَ بِالعَقْلِ المُمَيِّزِ وَهُمَا عَدِيمَا العَقْلِ وَالنَّائِمُ عَدِيمُ الِاخْتِيَارِ.

فصل في من يقع طلاقه وفي من لا يقع

لمَّا ذكر طلاق السنة لما أن الأصل في شرعية الطلاق طلاق السنة، وذكر أيضـًا ما يقابله من طلاق البدعة، تحقيقـًا للمقابلة لا أصالةً، شرع في بيان أنواع الطلاق التي تقع أو لا تقع، وما يملك به كمال العدد أو لا يملك.

قوله: لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «كُلُّ طَلَاقٍ جَائِزٌ إِلَّا طَلَاقَ الصَّبِيِّ وَالمَجْنُونِ»، فإن قلتَ: نفي الجواز من طلاق الصبي والمجنون لا يقتضي عدم الوقوع؛ لما أن الطلاق في حالة الحيض وإرسال الثلاث جملة في طهر واحد يُوصف بالحرمة على ما مرَّ من لفظ «المبسوط»، وما كان حرامـًا لا يكون جائزًا، فكيف استدل هنا بعدم الجواز على عدم الوقوع؟

قلتُ: المراد من الجواز هُنا النفاذ كما في البيع وغيره، ونفاذه إنما يكون بالوقوع، وإنما قلنا ذلك؛ لأن فعل الصَّبي والمجنون فيما يرجعُ إلى المعاملات لا يوصف بالحرمة؛ لأنه لا يجري القلم عليهما بكتبة السيئة والحرمة باعتبارها، فكان الجواز محمولًا على النفاذ وذلك بالوقوع.

قوله: وَهُمَا عَدِيمَا العَقْلِ، فإن قلتَ: هذا في المجنون مُسلَّم، وأمَّا الصبي فيُوصف بالعقل، فيقال: يصح إسلام الصبي العاقل.

(وَطَلَاقُ الْمُكْرَهِ وَاقِعٌ) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ، هُوَ يَقُولُ إِنَّ الإِكْرَاهَ لا يُجَامِعُ الِاخْتِيَارَ وَبِهِ يُعْتَبَرُ التَّصَرُّفُ الشَّرْعِيُّ، بِخِلَافِ الهَازِلِ؛ لِأَنَّهُ مُخْتَارٌ فِي التَّكَلُّمِ بِالطَّلَاقِ، وَلَنَا أَنَّهُ قَصَدَ إِيقَاعَ الطَّلَاقِ فِي مَنْكُوحَتِهِ فِي حَالِ أَهْلِيَّتِهِ فَلَا يَعْرَى عَنْ قَضِيَّتِهِ دَفْعًا لِحَاجَتِهِ اعْتِبَارًا بِالطَّائِعِ؛ وَهَذَا لِأَنَّهُ عَرَفَ الشَّرَّيْنِ وَاخْتَارَ أَهْوَنَهُمَا، وَهَذَا آيَةُ القَصْدِ

قلتُ: لمَّا لم يعتدل عقله بالبلوغ كان طرف العدم ثابتاً بعد قيام الصبا، خصوصاً فيما هو ضرر محض وهو زوال ملك النكاح.

وفي «المبسوط»: وطلاق الصبي باطل؛ لأنه ليس له قصد معتبر شرعاً، خصوصاً فيما يضره؛ وهذا لأن اعتبار القصد ينبني على الخطاب، والخطابُ ينبني على اعتدال الحال، ولكن قدر ذلك العقل وإن لم يعتدل يصلح لتحقيق ماهو حسن بعينه، بحيث لا يحتمل القبح كالإيمان، وتحقيق ما هو قبيح بعينه بحيث لا يحتمل الحسن كالردة؛ لأنهما لا يحتملان الرد بعد تحققهما بحدهما، لما يجيء بيانه إن شاء الله تعالى.

قوله: وَلَنَا أَنَّهُ قَصَدَ إِيقَاعَ الطَّلَاقِ، هذا احتراز عن الإقرار بالطلاق في حالة الإكراه بالإقرار، فإن إقراره هناك لغو حيث لا يقع به الطلاق؛ لأنه ما قصد هناك إيقاع الطلاق بل قصد الإقرار، والإقرار خبر متمثل بين الصدق والكذب، وقيام السيف على رأسه دليل على أنه كاذب فيه، والمخبر عنه إذا كان كذباً فالإخبار عنه لا يصير صدقاً.

قوله: فِي حَالِ أَهْلِيَّتِهِ، احترازعن الصبي والمجنون، فَلَا يَعْرَى عَنْ قَضِيَّتِهِ، أي: عن حكمه.

قوله: وَهَذَا لِأَنَّهُ عَرَفَ الشَّرَّيْنِ وَاخْتَارَ أَهْوَنَهُمَا، هذا جواب عن **قوله:** إِنَّ الإِكْرَاهَ لا يُجَامِعُ الِاخْتِيَارَ، فقال: بل هو مختار؛ لِأَنَّهُ عَرَفَ الشَّرَّيْنِ فَاخْتَارَ أَهْوَنَهُمَا؛ وذلك لأن الإكراه لا يزيل الخطاب.

أمَّا في غير ما أكره عليه فلا إشكال، وفيما أكره عليه كذلك حتى يتنوع عليه الأمر، فتارة يُباح له الإقدام كالفطر في رمضان، وتارة يفترض عليه كشرب الخمر، وتارة يحرم عليه كالقتل والزنا، والخطابُ إنما يرد على المختار.

وَالِاخْتِيَارُ، إِلَّا أَنَّهُ غَيْرُ رَاضٍ بِحُكْمِهِ وَذَلِكَ غَيْرُ مُخِلٍّ بِهِ كَالهَازِلِ.

(وَطَلَاقُ السَّكْرَانِ وَاقِعٌ) وَاخْتِيَارُ الكَرْخِيِّ وَالطَّحَاوِيِّ أَنَّهُ لا يَقَعُ، وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيِ الشَّافِعِيِّ؛ لِأَنَّ صِحَّةَ القَصْدِ بِالعَقْلِ وَهُوَ زَائِلُ العَقْلِ فَصَارَ كَزَوَالِهِ بِالبَنْجِ

وذكر في «المبسوط»: وحجتنا في ذلك ما رُوي: أن امرأة كانت تبغض زوجها، فوجدته نائماً فأخذت شفرة وجلسَت على صدره ثم حركته وقالت: لتطلقني ثلاثاً أو لأذبحنك، فناشدها الله فأبت فطلقها ثلاثاً، ثم جاء إلى رسول الله صلَّى الله عليه وسلم فسأله عن ذلك فقال: «لا قيلولة في الطلاق».

ورُوي عن عُمر رضي الله عنه أنه قال: «أربع مبهمات مقفلات، ليس فيهن رد يدي النكاح، والطلاق، والعتاق، والصدقة».

قوله: إِلَّا أَنَّهُ غَيْرُ رَاضٍ بِحُكْمِهِ وَذَلِكَ غَيْرُ مُخِلٍّ بِهِ كَالهَازِلِ، فإن قلتَ: الفرق ثابت بين المكره والهازل؛ لأن المكره له اختيار فاسد وللهازل اختيار كامل، والفاسد في حكم العدم، فلا يلزم من الوقوع في الهازل الوقوع في المكره.

قلتُ: للهازل اختيار كامل في السبب، أمَّا في حق الحكم وهو المقصود من السبب فلا اختيار له أصلًا، فكان اختيار الهازل أيضاً غير كامل بالنظر إلى هذا، فكانا متساويين، فيجوز اعتبار أحدهما بالآخر.

قوله: فَصَارَ كَزَوَالِهِ بِالبَنْجِ، وفي مسألة البنج تفصيل: فإنه ذكر عبد العزيز الترمذي رحمه الله فقال: سألتُ أبا حنيفة وسفيان الثوري رضي الله عنهما عن رجل شرب البنج فارتفع إلى رأسه وطلق امرأته، قال: إن كان حين شرب يعلم أنه ما هو تطلق امرأته، وإن كان حين شرب لم يعلم أنه ما هو لا تطلق.

ولو شرب من الأشربة التي تتخذ من الحبوب، أو من العسل، أو من الشهد وسكر، وطلق امرأته لا يقع طلاقه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، خلافاً لمحمد رحمه الله على ما يجيء في الأشربة إن شاء الله تعالى، كذا في «المحيط».

وَالدَّوَاءِ، وَلَنَا أَنَّهُ زَالَ بِسَبَبٍ هُوَ مَعْصِيَةٌ فَجُعِلَ بَاقِيًا حُكْمًا زَجْرًا لَهُ،

قوله: وَالدَّوَاءِ، كالأفيون، وذكر في «المبسوط»: وحجتنا ما روينا: «كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمعتوه»؛ ولأن السكران مخاطب، فإذا صادفَ تصرفه محله تعد كالصاحي، ودليل الوصف قوله تعالى: ﴿لَا تَقْرَبُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَٰرَىٰ﴾ [النساء: ٤٣]، إن كان هذا خطاباً في حال سكره فهو نصٌّ، وإن كان خطابًا له قبل سكره، فهو دليل على أنه مخاطب في حال سكره؛ لأنه لا يقال: إذا جننتَ فلا تفعل كذا.

قوله: وَلَنَا أَنَّهُ زَالَ بِسَبَبٍ هُوَ مَعْصِيَةٌ فَجُعِلَ بَاقِيًا حُكْمًا زَجْرًا لَهُ، فإن قيل: ما الفرق بين هذا وبين سفر المعصية؟ فإن أصحابنا جعلوا ذلك السفر سبباً للتخفيف، حتى ترخص برخص المسافرين كسفر ليس فيه معصية، ولم يجعلوا زوال العقل هنا بشرب هو معصية بمنزلة شرب لا معصية فيه، حتى فرقوا بين زوال العقل بالبنج وبين زواله بشرب الخمر.

قلنا: الرخصة هناك مرتَّبة على نفس السفر ولا معصية فيها، وإنما المعصية تقصد في باطنه، وخبث في عقيدته، أو تحصل المعصية بعد انقضاء السفر، ألا ترى أنه يجوز هناك أن يكون أول السفر لنية المعصية، ثم انقلب للطاعة.

وأمَّا هنا إذا ثبت زوال العقل بشرب هو معصية، كان زوال العقل مضافاً إلى الشرب الذي هو معصية لا محالة، فلا يمكنه الامتناع عن زوال العقل بعد تحقق الشرب المسكر؛ لأنه من المتولدات فجعل السبب قائماً في حق الحكم كما في حق القتل العمد في حق القصاص، وأمَّا هناك فيتصور الانفصال، فاعتبر منفصلًا على ما ذكرنا، هكذا نُقل من إفادة مولانا حميد الدين رحمه الله.

ثم على **قوله**: زَجْرًا لَهُ، يرد عليه الإشكال، فإنه لو كان تحقيق وقوع الطلاق للزجر، لكان تحقيق الردة والإقرار بالحدود الخالصة لله تعالى أولى به؛ لأن الزجر والعقوبة هناك، ثم قلنا: ذكر في«المبسوط»: وهذا بخلاف الردة فإن الركن فيها الاعتقاد، والسكران غير معتقد لما يقول، فلا يحكم بردَّته لانعدام ركنها، لا للتخفيف عليه بعد تقرر السبب.

وأمَّا الإقرار بالحدود فإن السكران لا يكاد يثبت على شيء، فيُجعل راجعاً عما أقرَّ،

حَتَّى لَوْ شَرِبَ فَصُدِعَ وَزَالَ عَقْلُهُ بِالصُّدَاعِ نَقُولُ إِنَّهُ لا يَقَعُ طَلَاقُهُ.

(وَطَلَاقُ الأَخْرَسِ وَاقِعٌ بِالإِشَارَةِ)؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ مَعْهُودَةً فَأُقِيمَتْ مَقَامَ العِبَارَةِ دَفْعًا لِلْحَاجَةِ، وَسَتَأْتِيكَ وُجُوهُهُ فِي آخِرِ الكِتَابِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى.

فيؤثر السكر فيما يحتمل الرجوع.

ثم اعلم أن هاهُنا اختلاف الروايتين، وذلك لأن فخر الإسلام رحمه الله جعل السكر على نوعين مباح ومحظور، ثم رتب هذه الأحكام وهي وقوع الطلاق والعتاق على السكر المحظور دون المباح، وجعل السكر من المباح بمنزلة الإغماء في حق منع وقوع الطلاق والعتاق، ثم قال: أمَّا السكر المباح فمثل من أكره على شرب الخمر بالقتل، فإنه يحل له، وكذلك المضطر إذا شرب منها ما يرد به العطش فسكرته، وأمَّا السكر المحظور فهو السكر من كل شراب محرم، يعني إذا شرب طعاماً، ويستفاد ذلك من قوله: (محرم).

وجعل الإمام أبو الفضل الكرماني رحمه الله في «الإيضاح» حكم جميع السكر بمنزلة حكم السكر المحظور سوى سكر البنج، وقال: ولو أكره على الشرب أو شرب الخمر عند الضرورة فسكر فإن طلاقه واقع؛ لأن زوال العقل حصل بفعل هو محظور في الأصل، فإن حظر الفعل وإن زال بعارض الإكراه، لكن السبب الداعي إلى الحظر قائم، فأثر قيام السبب في حق الطلاق.

قوله: حَتَّى لَوْ شَرِبَ فَصُدِعَ، إلى أن قال: لا يَقَعُ طَلَاقُهُ، فإن قيل: الصداع أثر الشرب، وزوال العقل أثر الصداع، فكان زوال العقل مضافاً إلى الشرب بواسطة الصداع، فإن الحكم كما يضاف إلى العلة يضاف إلى علة العلة، كما في الرمي، وقود الدابة.

قلنا: إنما يُضاف إلى علة العلة إذا لم يكن للعلة المتصلة به صلاحية الإضافة إليها، ولا تنفصل الثانية عن الأولى، كالنفوذ لا ينفصل عن الرمي، بخلاف ما نحنُ فيه؛ لأنه يتصور انفصال الصداع عن الشرب فاعتبر منفصلًا؛ ولأن شرب الخمر ليس بموضوع للصداع، فلا يضاف الصداع إلى شربها، بخلاف الرمي فإنه موضوع للنفوذ، والقود فإنه موضوع للانقياد.

(وَطَلَاقُ الأَمَةِ ثِنْتَانِ حُرًّا كَانَ زَوْجُهَا أَوْ عَبْدًا، وَطَلَاقُ الحُرَّةِ ثَلَاثٌ حُرًّا كَانَ زَوْجُهَا أَوْ عَبْدًا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: عَدَدُ الطَّلَاقِ مُعْتَبَرٌ بِحَالِ الرِّجَالِ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الطَّلَاقُ بِالرِّجَالِ وَالعِدَّةُ بِالنِّسَاءِ» وَلِأَنَّ صِفَةَ المَالِكِيَّةِ كَرَامَةٌ وَالآدَمِيَّةُ مُسْتَدْعِيَةٌ لَهَا، وَمَعْنَى الآدَمِيَّةِ فِي الحُرِّ أَكْمَلُ فَكَانَتْ مَالِكِيَّتُهُ أَبْلَغَ وَأَكْثَرَ، وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «طَلَاقُ الأَمَةِ ثِنْتَانِ وَعِدَّتُهَا حَيْضَتَانِ»؛

قوله: وَطَلَاقُ الأَمَةِ ثِنْتَانِ، إلى آخره، أنث الطلاق على تأويل التطليقة.

ثم مذهبنا فيه قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما، وما قاله الشافعي قول عُمر وزيد ابن ثابت رضي الله عنهما، وأمَّا عبد الله بن عُمر رضي الله عنهما فيعتبر بمن رقَّ منهما، حتى لا يملك عليها ثلاث تطليقات إلا إذا كانا حرَّين، كذا في «المبسوط».

قوله: لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الطَّلَاقُ بِالرِّجَالِ وَالعِدَّةُ بِالنِّسَاءِ»، فوجه التمسُّك به: أن النبي صلَّى الله عليه وسلم قابل الطلاق بالعدة على وجه يختصُّ كل واحد منهما بجنسٍ على حدة، ثم اعتبار العدة بالنساء بالإجماع من حيث القدر، فيجب أن يكون اعتبار الطلاق بالرجال من حيث القدر تحقيقًا للمقابلة.

قوله: وَمَعْنَى الآدَمِيَّةِ فِي الحُرِّ أَكْثَرُ، بدليل شهادة الأحكام؛ لأن الحر يصلح للقضاء والشهادة والولاية، وإذا كان كذلك فيعتبر حال الزوج؛ لأنه هو المالك، والمالكية من معنى الآدمية أيضًا؛ وذلك فيما قلتُ بأنه يملك الثلاث إذا كان حرًّا، ويملك ثنتين إذا كان عبدًا.

قوله: «طَلَاقُ الأَمَةِ ثِنْتَانِ وَعِدَّتُهَا حَيْضَتَانِ»، فقد جمع بين الطلاق والعدة، والعدة يعتبر بالنساء فكذلك الطلاق، ثم هذا اللفظ ورد عامًّا فكان معناه: طلاق كل الإماء ثنتان، سواء كان زوجها حرًّا أو عبدًا، فلو كان اعتبار الطلاق بالرجال لكان لبعض الإماء ثنتان، فلم تبق اللام للجنس ولا دليل له.

فإن قيل: يحتمل أن يكون المراد منه الأمة التي تحت عبد، فكان طلاقها ثنتين فلم يبق عامًّا.

وَلِأَنَّ حِلَّ المَحَلِّيَّةِ نِعْمَةٌ فِي حَقِّهَا، وَلِلرِّقِّ أَثَرٌ فِي تَنْصِيفِ النِّعَمِ إِلَّا أَنَّ العُقْدَةَ لا تَتَجَزَّأُ فَتَكَامَلَتْ عُقْدَتَانِ،

قلنا: لا يصح ذلك؛ لأنه لو كان المراد هذا لم يبق لتخصيص العدة بها بالحيضتين فائدةً؛ إذ الهاء في **قوله**: وَعِدَّتُهَا، راجعة إلى الأمة المذكورة، فلو كان المراد ذلك لكان التقدير: وعدَّة الأمة التي تحت العبد حيضتان، وليس للتخصيص حينئذٍ فائدة؛ لأن الإجماع منعقد بيننا وبين الخصم أن عدة الأمة لا تزداد لا وتنتقص لكون زوجها حرًّا أو عبدًا من الحيضتين.

قوله: وَلِأَنَّ حِلَّ المَحَلِّيَّةِ نِعْمَةٌ، هذا رد لتعليل الخصم في موضع، فإنه يقول: حل المحلية إشارة إلى تمهيد المحل لإثبات الملك فيه بالعقد، وذلك ليس من الكرامة، بل هو مشعر بنقصان حال المحل، فلم يؤثر رقها في تنصيف الحل، وأنا نقول: الحل نعمة وكرامة من الجانبين جميعـًا، قال الله تعالى: ﴿لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾ [الممتحنة: ١]، وسوَّى بينهما في موضع النفي فكذا في موضع الإثبات؛ وهذا لأن عقد النكاح من باب المصالح وضعـًا من الجانبين، فثبوت الملك عليها ما كان مقصودًا، ولكن لتحقيق ما هو المقصود وهو حل المحلية، لتحقيق المقصود.

ألا ترى أن من كان أبعد عن الإسلام لم يثبت في حقه حل المحلية كالمجوسية، والشافعي رحمه الله نظر إلى صورة العقد والملك، ونحن نظرنا إلى المعنى المطلوب من العقد، وإذا ثبت أنه من باب الكرامة يجب أن ينتقص بسبب الرق، وقد تعذر إظهار النقصان في نفس الحل؛ لأنه لا يقبل الوصف بالتجزي فأظهرنا أثره في تجديد العقد عليها، فيملك التجديد في حق الحرة مرتين، وفي حق الأمة مرَّة واحدة، كذا في «الإيضاح».

ثم المراد من **قوله**: إِلَّا أَنَّ العُقْدَةَ لا تَتَجَزَّأُ فَتَكَامَلَتْ عُقْدَتَانِ، أي: إلا أن الطلقة لا تتجزأ فيتكامل الطلقتين، فإن العقدة تستعمل بمعنى الطلقة على ما يجيء من لفظ «المبسوط»؛ لما أن العقدة سبب للطلقة فسمي السبب باسم المسبب.

ويحتمل أن يكون المراد من العقدة ما هو المذكور في «الإيضاح»: هو أن الحل الذي هو نعمة في حقهما لا يحصل إلا بالعقد، فكان يجب أن يُنصف العقد، فيكون للحرة

....

عقد تام وللأمة نصف عقد، ولكن العقد لا يتنصَّف ولا يتجزأ فيتكامل العقد للأمة، فلما حصل لها عقد لضرورة التمليك جُعل للحرة عقدتان تحقيقاً للتضعيف في حق الحرة، ثم التنصيف بالعقد الواحد والتضعيف بالعقدين إنما يتحقق إذا كان منتهى طلاق الأمة ثنتين، ومُنتهى طلاق الحرة ثلاثـاً؛ لأنه إذا طلق الأمة واحدة بائنة تحل بعقد، ثم إذا طلَّقها أخرى انتهى الحِل، وفي الحرة ينتهي الحل بعد العقدتين بالطلقة الثالثة، فصار منتهى حل الحرة بالعقدتين، ومنتهى حل الأمة بالعقدة الواحدة.

وتفسير هذا ما ذكره في «الأسرار» فقال فيه: ثم إن هذا الوصف وهو الحل للحرة في حكم ضعف حل الأمة، وحل الأمة على النصف حيث ينصف برقها كما ينصف حل العبد برقه، وإذا صار على النصف فات بنصف ما يفوت به حل الحرة وهو تطليقة ونصف، إلا أنَّها لا تتجزأ فصارت ثنتين، ومعنى المذكور في الكتاب على هذا التفسير هو أن حل المحليَّة لما كان نعمة في حق المرأة الحرة وجب تنصيفه في حق الأمة عند تفويت ذلك الحل بالطلاق، ثم تفويت الحل في حق الحرة بثلاث عُقَد، أي بثلاث تطليقات، كان في حق الأمة تطليقةً ونصف، تحقيقاً للتنصيف، ولكن لا يمكن تجزية التطليقة فكمَّلناها فقلنا: في حق الأمة عقدتان، أي: تطليقان، وفي حق الحرة ثلاث تطليقات.

وفي «المبسوط»: ولأنه قابل الطلاق بالعدة، والمقابلة تقتضي التسوية، وبالاتفاق في العدَّة يعتبر حالها، فكذلك في الطلاق.

ومن ملك على امرأته عددًا من الطلاق يملك إيقاعها أوقات السنة، وبهذا أفحم عيسى بن أبان الشافعي رحمهما الله فقال: أيُّها الفقيه إذا ملك الحر على امرأته الأمة ثلاث تطليقات، كيف يُطلقها في أوقات السنة؟ فقال: يُوقع عليها واحدة، فإذا حاضت وطهرت أوقع عليها أخرى، فلمَّا أراد أن يقول: فإذا حاضت وطهرت، قال: حَسْبك، فإنَّ عدتَها قد انقضت، فلما تحيَّر رجع، فقال: ليس في الجمع بدعة ولا في التفريق سُنة.

والمعنى أيضـاً دليلنا؛ لأن جميع ما يملكه الحر على النساء اثنتي عشرة عقدة، فإنه يتزوج أربع نسوة، ويملك على كل واحدة ثلاث عُقد، فينبغي أن يملك العبد نصف ذلك،

وَتَأْوِيلُ مَا رُوِيَ أَنَّ الإِيقَاعَ بِالرِّجَالِ.

(وَإِذَا تَزَوَّجَ العَبْدُ امْرَأَةً) بِإِذْنِ مَوْلَاهُ وَطَلَّقَهَا (وَقَعَ طَلَاقُهُ وَلَا يَقَعُ طَلَاقُ مَوْلَاهُ عَلَى امْرَأَتِهِ)؛ لِأَنَّ مِلْكَ النِّكَاحِ حَقُّ العَبْدِ فَيَكُونُ الإِسْقَاطُ إِلَيْهِ دُونَ المَوْلَى.

وذلك ست عُقد بأن يتزوج حرتين فيملك على كل واحدة منهما ثلاث عُقد كما هو مذهبنا.

وذكر في «الأسرار» بعد هذا: وعندك لا يملك إلا أربعـًا، والعبد لا يملك على الأمتين إلا أربعـًا، فوجب أن لا يملك الحر عليهن إذا كنَّ إماء إلا ضعفها ثمانيـًا، وهذا مذهبنا.

قوله: وَتَأْوِيلُ مَا رُوِيَ، وهو قوله: الطَّلَاقُ بِالرِّجَالِ، قيل: أنه كلام زيد، لا يثبت مرفوعـًا إلى رسول الله صلَّى الله عليه وسلم، وقيل: معناه إيقاع الطلاق بالرجال.

وأمَّا قوله: وَمَعْنَى الآدَمِيَّةِ فِي الحُرِّ أَكْمَلُ، فَكَانَتْ مَالِكِيَّتُهُ أَبْلَغَ وَأَكْثَرَ، قلنا: إن الحجز يثبت مرة بأحوال المالك مع قيام أصل الملك، كما في الصبي والمجنون، ومرة يثبت لمعنى في المحل، بأن لا يقبل التصرف، كالعصير يتخمر، والعبد يأبق، وهاهُنا المرأة محل هذا العقد، فيقع الاختلاف في التصرف بسبب اختلاف المحل؛ لما أن حل المحل يختل بالرق على ما مرَّ، كذا في «المبسوط»، و«الأسرار».

قوله: لِأَنَّ مِلْكَ النِّكَاحِ حَقُّ العَبْدِ؛ لأن النكاح من خواص الآدمية، والعبد مبقي على أصل الحرية فيها، فعلى هذا يجبُ أن يملك العبد النكاح بدون إذن المولى، لكن لو قلنا به يتضرر المولى، فلذلك لم يملك بدون إذن المولى، والله تعالى أعلم.

بَابُ إيقَاعِ الطَّلَاقِ

(الطَّلَاقُ عَلَى ضَرْبَيْنِ: صَرِيحٌ، وَكِنَايَةٌ، فَالصَّرِيحُ قَوْلُهُ: أَنْتِ طَالِقٌ وَمُطَلَّقَةٌ وَطَلَّقْتُكِ فَهَذَا يَقَعُ بِهِ الطَّلَاقُ الرَّجْعِيُّ) لِأَنَّ هَذِهِ الالفَاظَ تُسْتَعْمَلُ فِي الطَّلَاقِ وَلا تُسْتَعْمَلُ فِي غَيْرِهِ فَكَانَ صَرِيحًا وَأَنَّهُ يَعْقُبُ الرَّجْعَةَ بِالنَّصِّ (وَلا يَفْتَقِرُ إلَى النِّيَّةِ) لِأَنَّهُ صَرِيحٌ فِيهِ

باب إيقـاع الطلاق

لمَّا ذكر أصل الطلاق ووصفه، شرع في بيان تنويعه فقال: الطَّلَاقُ عَلَى ضَرْبَيْنِ، أي: التطليق، فإن ورود الفَعال بفتح الفاء بمعنى التفعيل شائع في كلامهم، كالسَّلام والكلام والسراح.

قوله: وَأَنَّهُ يَعْقُبُ الرَّجْعَةَ بِالنَّصِّ، وهو قوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، وهذه الآية تدل على أن الطلاق الرجعي لا يرفع الزَّوجيَّة ولا يبطلها، فإن الله تعالى سمَّاه بعلًا بعد الطلاق وهو الزوج.

فإن قيل: أليس أن الله تعالى قال: ﴿أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، وإنما يُستعمل الردُّ فيما زال عنه ملكه، فأمَّا ما هو في حكم ملكه لا يصحُّ أن يقال: يردُّها إلى ملكه.

قيل لهم: يجوز إطلاق اسم الرد عند انعقاد سبب زوال الملك، فيكون الردّ بمعنى المنع للسبب عن إثبات الزوال، ويكون فسخاً للسبب، فإن اسم الرد كما يطلق لفسخ السبب والحكم جميعاً؛ كما إذا اشترى جارية فوجد بها عيباً، ففسخ، يقال: رد الجارية بالعيب؛ يطلق لفسخ السبب فقط، وإذا اشترى على أنَّهما بالخيار، ولم يثبت الملك للمشتري بالاتفاق، ثم إذا فسخها يقال: رد الجارية، ففيه فسخ للسبب لا غير.

فإن قيل: لا يخلو عن أحد المجازين؛ لأن الرد لو كان على حقيقته وهو الرد بالنكاح

لِغَلَبَةِ الِاسْتِعْمَالِ، وَكَذَا إِذَا نَوَى الإِبَانَةَ لِأَنَّهُ قَصَدَ تَنْجِيزَ مَا عَلَّقَهُ الشَّرْعُ بِانْقِضَاءِ العِدَّةِ فَيُرَدُّ عَلَيْهِ، وَلَوْ نَوَى الطَّلَاقَ عَنْ وِثَاقٍ لَمْ يُدَيَّنْ فِي القَضَاءِ لِأَنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ

الجديد كان اسم الفعل مجازًا، ولو كان البعل على حقيقته كان الرد مجازًا، فلم يرجح جعل جانب الرد مجازًا.

قلنا: لما أن البعل في اللغة اسم للزوج حقيقة، والحقيقة لا تترك إلا بالدليل، وأمَّا لفظ الرد فيستعمل في الوجهين الذين ذكرناهما، ولأنه جعل الرد إلى الأزواج، والرد إذا كان بسبب النكاح لا يكون هو أحق منها، إلى هذا أشار في «شرح التأويلات».

قوله: وَكَذَا إِذَا نَوَى الإِبَانَةَ، هذا عطف على حكم المسألة فيما قبله، وهو **قوله:** فَهَذَا يَقَعُ بِهِ الطَّلَاقُ الرَّجْعِيُّ، أي: يكون رجعيًّا أيضـًا وإن نوى الإبانة؛ لأنه قصد إثبات الإبانة في الحال فَيُرَدُّ عَلَيْهِ؛ لأن الشارع أخَّر حكم الإبانة إلى انقضاء العدة؛ لأن الله تعالى قال: ﴿فَإِمْسَاكُۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُۢ بِإِحْسَٰنٍۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، فالإمساك إنما يُتحقق أن لو كان الحِل والملك باقيـًا، وقوله: ﴿أَوْ تَسْرِيحُۢ بِإِحْسَٰنٍۗ﴾ هو أن يترك الرجعة حتى تنقضي العدة، فعُلم بِهذا أن البينونة معلقة به.

وتحقيقة: هو أنَ الله تعالى سمَّى الرجعة إمساكـًا، وإمساك الشيء إبقاء له على ما كان، فما دامت العدَّة باقية كانت ولاية الرجعة باقية، وإذا انقضت من غير رجعة بانت، فصارت البينونة معلقة بالانقضاء، كذا في «مبسوط فخر الإسلام» رحمه الله.

قوله: فَيُرَدُّ عَلَيْهِ؛ لأنه استعجل ما أخَّره الشرع، فيجازي بالرد كما في قتل المورث، فجُوزي بالحرمان، وكما في قصد من عليه السهو بتسليمه قطع الصلاة، رُدَّ قصده عليه.

قوله: وَلَوْ نَوَى الطَّلَاقَ عَنْ وِثَاقٍ، بفتح الواو وهو القيد، والكسر لغة فيه.

قوله: لَمْ يُدَيَّنْ فِي القَضَاءِ؛ أي: لم يُصدق، فاستعمال التديين بمعنى التصديق على وجه الاستعارة؛ لأن حقيقته: ديَّنتُ الرجل تدينـًا، إذا وكلته إلى دينه.

وَيَدِينُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللهِ تَعَالَى لِأَنَّهُ نَوَى مَا يَحْتَمِلُهُ.

وَلَوْ نَوَى بِهِ الطَّلَاقَ عَنِ العَمَلِ لَمْ يُدَيَّنْ فِي القَضَاءِ وَلَا فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللهِ تَعَالَى لِأَنَّ الطَّلَاقَ لِرَفْعِ القَيْدِ وَهِيَ غَيْرُ مُقَيَّدَةٍ بِالعَمَلِ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَدِينُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللهِ تَعَالَى لِأَنَّهُ يَسْتَعْمِلُ لِلتَّخْلِيصِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ مُطْلَقَةٌ بِتَسْكِينِ الطَّاءِ لا يَكُونُ طَلَاقًا إِلَّا بِالنِّيَّةِ لِأَنَّهَا غَيْرُ مُسْتَعْمَلَةٍ فِيهِ عُرْفًا فَلَمْ يَكُنْ صَرِيحًا.

قَالَ: (وَلَا يَقَعُ بِهِ إِلَّا وَاحِدَةٌ وَإِنْ نَوَى أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَقَعُ مَا نَوَى

قوله: لِأَنَّهُ نَوَى مَا يَحْتَمِلُهُ؛ لأن الطلاق من الإطلاق، والإطلاق يستعمل في الإبل والوثاق، فيحتمل أن يكون الطلاق عبارة عنه مجازًا، فلذلك دُيِّن فيما بينه وبين الله تعالى.

ولو قال: أنتِ طالق من وثاق، لم يقع عليها شيء في القضاء؛ لأنه بين موصولًا بكلامه مراده من قوله: طالق، والبيان بالمعنى صحيح موصولًا، ولو قال: عنيتُ بقولي طالق من عمل من الأعمال، في رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله: هذا والأول سواء، وفي ظاهر الرواية: لا يدين هاهُنا لا في القضاء وَلَا فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللهِ تَعَالَى؛ لأن لفظ الطلاق لا يستعمل في العمل حقيقة ولا مجازًا، إلا أن يذكر موصولاً، فيقول: أنت طالق من عمل كذا، فحينئذٍ هي امرأته فيما بينه وبين الله تعالى، ويقع الطلاق في القضاء؛ لأنه ليس ببيان من حيث الظاهر لما لم يكن ذلك اللفظ مستعملًا منه، وكل ما لا يديّنه القاضي فيه، فكذلك المرأة إذا سمعت منه أو شهد به عندها شاهد عدل، لا يسعها أن تديّنه؛ لأنها لا تعرف منه إلا الظاهر كالقاضي، كذا في «المبسوط».

والحاصل أن الفرق بين إرادة الوثاق وبين إرادة العمل في قوله: أنت طالق، في موضعين: أحدهما: في إرادتهما عند القران، والثاني: في إرادتهما عند عدم القران.

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يَقَعُ مَا نَوَى، وهو قول زفر وقول أبي حنيفة رحمهما الله الأول؛ لأن الصريح أقوى من الكناية، فإذا صح نيَّة الثلاث في قوله: أنت بائن، فلَأن يصح

لِأَنَّهُ مُحْتَمِلٌ لَفْظَهُ، فَإِنَّ ذِكْرَ الطَّالِقِ ذِكْرٌ لِلطَّلَاقِ لُغَةً كَذِكْرِ العَالِمِ ذِكْرٌ لِلْعِلْمِ وَلِهَذَا يَصِحُّ قِرَانُ العَدَدِ بِهِ فَيَكُونَ نَصبًا عَلَى التَّمْيِيزِ، وَلَنَا أَنَّهُ نَعْتٌ فَرْدٌ حَتَّى قِيلَ

في قوله: أنت طالق أولى، وحجتنا في ذلك هو أن ابن عمر رضي الله عنهما لمَّا طلق امرأته أمرهُ رسول الله صلَّى الله عليه وسلم بأن يراجعها، ولم يَسْتفسرهُ أنك أرَدت به الثلاث أم لا؟ ولم يحلفه على ذلك، ولو كانت نيته الثلاث يسعُ في هذا اللفظ يحلفه، كما حلف ابن ركانة رضي الله عنه في لفظ النيَّة، والمعنى فيه أنّه نوى ما لا يحتمله لفظه، فلا تعمل نيته، كما لو قال لها: حجِّي أو زُوري أباك، أو اسقيني ماءً من خارج، ونوى به الطلاق مع أنه متضمن للخروج والذهاب، فلا يقع به الطلاق، كذا في «المبسوط».

قوله: وَذِكْرُ الطَّالِقِ ذِكْرٌ لِطَلَاقٍ هُوَ صِفَةٌ لِلْمَرْأَةِ لا لِطَلَاقٍ هُوَ تَطْلِيقٌ، وحاصله أن ذكر النعت يقتضي وصفاً ثانياً بالموصوف لغةً، كذكر العالم هو ذكرٌ لعلم قام بالموصوف لا بالواصف، وكذلك في قولنا جالسٌ وقائمٌ.

وإذا كان كذلك فنيَّة العدد إنما تعمل في الطلاق الذي هو فعل الرجل إذا كان محتملًا لنية العدد، فلمَّا كان هذا نعتاً للمرأة ولم يكن الطلاق ثابتاً بها قبل هذا، كان نعته إيَّاها بذلك كذباً محضاً في مخرجه لغةً، كما إذا قلتَ لرَجُلٍ قَائِمٌ، فإنه جالس، أو على العكس، لكن أثبت طلاقاً بها شرعاً لا لغةً.

قيل قوله: أنت طالق، لضرورة تصحيح وصف الواصف به، وذلك ثابت اقتضاءً، ولا عموم للمقتضي عندنا؛ لأن ثبوته لتصحيح الكلام لما أن الثابت بطريق الضرورة يثبت على حسب ثبوت الضرورة لا ما وراءَهُ، والضرورة تندفع بالواحدة، فلمَّا لم يثبت الطلاق فيما وراءَها، لا لغةً ولا شرعاً، كانت نيته الثلاث أو الثنتين مصادفةً للعدم فلا يثبت؛ لأن بمجرد النية لا يقع شيء إذا لم يكن اللفظ محتملًا لها، وكذلك قوله: طلقتك أو أنت مطلقةٌ فلا وجه لتصحيحه؛ إلا أن يجعل الطلاق ثابتاً قبل إخباره بهذه الضرورة بصحيح إخباره، فكان هذا ثابتاً شرعاً أيضاً بطريق الاقتضاء، فلا تعمل نية الثنتين أو الثلاث لما قلنا.

بخلاف قوله: طلقي؛ لأن ثبوت التطليق هناك ليس على طريق الاقتضاء؛ لأنه لا ضرورة

لِلْمُثَنَّى طَالِقَانِ وَلِلثَّلَاثِ طَوَالِقُ فَلَا يَحْتَمِلُ العَدَدَ لِأَنَّهُ ضِدُّهُ، وَذِكْرُ الطَّالِقِ ذِكْرٌ لِطَلَاقٍ هُوَ صِفَةٌ لِلْمَرْأَةِ لا لِطَلَاقٍ هُوَ تَطْلِيقٌ، وَالعَدَدُ الَّذِي يُقْرَنُ بِهِ نَعْتٌ لِمَصْدَرٍ مَحْذُوفٍ مَعْنَاهُ طَلَاقًا ثَلَاثًا كَقَوْلِك أَعْطَيْتُهُ جَزِيلًا: أَيْ عَطَاءً جَزِيلًا.

(وَإِذَا قَالَ: أَنْتِ الطَّلَاقُ أَوْ أَنْتِ طَالِقٌ الطَّلَاقَ أَوْ أَنْتِ طَالِقٌ طَلَاقًا، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ أَوْ نَوَى وَاحِدَةً أَوْ ثِنْتَيْنِ فَهِيَ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ، وَإِنْ نَوَى ثَلَاثًا فَثَلَاثٌ) وَوُقُوعُ الطَّلَاقِ

لتصحيح الصدق حتى يثبت الطلاق قبله ضرورة؛ لما أنه للطلب لا للإخبار، فلم يثبت هناك من معنى الاقتضاء الذي ذكرناه في الإخبار، وتوفية هذا الكلام في «الوافي».

وذكر في «المبسوط» أن نية العدد لا تعمل هُناك عندنا، حتى لو نوى الثنتين لا يصح، ونيته الثلاث إنما صحَّت باعتبار معنى العموم؛ لأنه تفويض، والتفويض قد يكون عامًّا وقد يكون خاصًّا، والمفوَّض إليها بهذا اللفظ طلاق، والطلاق بمنزلة أسماء الأجناس محتمل للعموم والخصوص، فتعمل نيته في العموم، فصار بمنزلة قوله: أنت طالق.

فإن قيل: لمَّا أقيم قوله: أنت الطلاق، مقام أنت طالق، وفي قوله: أنت طالق، لا يصح نيَّة الثلاث، فينبغي أن لا يقع بقوله: أنت الطلاق الثلاث، وإن نوى كما في قوله: أنت طالق.

قلنا: لا يصح نية الثلاث في قوله: أنت طالق؛ لأن ذلك نعت فرد من كل وجه فلا يحتمل العدد كما ذكر.

وأمَّا لفظ الطلاق فهو مصدرٌ في أصله، وإن وُصف به فلمح فيه جانب المصدريَّة، فلذلك خالف قوله: أنت طالق في صحة نيَّة الثلاث.

وفي «المبسوط»: لو قال أنت الطلاق، فمعناهُ أنت طالق الطلاق، حتى يسع فيه نيَّة الثلاث، وقد يُذكر المصدر ويُراد به الفعل، ويقال: إنَّما هو إقبال وإدبار على سبيل النعت للمقبل أو المدبر، وعلى هذا لو قال: أنتِ طلاق يقع فيه الطلاق، بمنزلة قوله: أنتِ طالق.

وذكر ابن سماعة أن الكسائي بعث إلى محمدٍ رحمهم الله تعالى بفتوى، فدفعها إليَّ فقرأتُها عليه، فقال: ما قول قاضي القضاة الإمام فيمن يقول لامرأته، شعر:

بِاللَّفْظَةِ الثَّانِيَةِ وَالثَّالِثَةِ ظَاهِرٌ، لِأَنَّهُ لَوْ ذَكَرَ النَّعْتَ وَحْدَهُ يَقَعُ بِهِ الطَّلَاقُ، فَإِذَا ذَكَرَهُ وَذَكَرَ المَصْدَرَ مَعَهُ - وَأَنَّهُ يَزِيدُهُ وَكَادَةً - أَوْلَى.

وَأَمَّا وُقُوعُهُ بِاللَّفْظَةِ الأُولَى فَلِأَنَّ المَصْدَرَ قَدْ يُذْكَرُ وَيُرَادُ بِهِ الِاسْمُ، يُقَالُ: رَجُلٌ عَدْلٌ: أَيْ عَادِلٌ فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ أَنْتِ طَالِقٌ، وَعَلَى هَذَا لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَلَاقٌ يَقَعُ بِهِ الطَّلَاقُ أَيْضًا وَلَا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى النِّيَّةِ وَيَكُونُ رَجْعِيًّا لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ صَرِيحُ الطَّلَاقِ لِغَلَبَةِ الِاسْتِعْمَالِ فِيهِ، وَتَصِحُّ نِيَّةُ الثَّلَاثِ لِأَنَّ المَصْدَرَ يَحْتَمِلُ العُمُومَ وَالكَثْرَةَ لِأَنَّهُ اسْمُ جِنْسٍ فَيُعْتَبَرُ بِسَائِرِ أَسْمَاءِ الأَجْنَاسِ فَيَتَنَاوَلُ الأَدْنَى مَعَ احْتِمَالِ الكُلِّ، وَلَا تَصِحُّ نِيَّةُ الثِّنْتَيْنِ فِيهَا خِلَافًا لِزُفَرَ، هُوَ يَقُولُ: إِنَّ الثِّنْتَيْنِ بَعْضُ الثَّلَاثِ فَلَمَّا صَحَّتْ نِيَّةُ الثَّلَاثِ صَحَّتْ نِيَّةُ بَعْضِهَا ضَرُورَةً، وَنَحْنُ نَقُولُ: نِيَّةُ الثَّلَاثِ إِنَّمَا صَحَّتْ لِكَوْنِهَا جِنْسًا، حَتَّى لَوْ كَانَتِ المَرْأَةُ أَمَةً تَصِحُّ نِيَّةُ الثِّنْتَيْنِ بِاعْتِبَارِ مَعْنَى الجِنْسِيَّةِ، أَمَّا الثِّنْتَانِ فِي حَقِّ الحُرَّةِ فَعَدَدٌ، وَاللَّفْظُ لَا يَحْتَمِلُ العَدَدَ وَهَذَا لِأَنَّ مَعْنَى التَّوَحُّدِ يُرَاعَى فِي الفَاظِ الوُحْدَانِ وَذَلِكَ بِالفَرْدِيَّةِ أَوِ الجِنْسِيَّةِ وَالمَثْنَى بِمَعْزِلٍ مِّنْهُمَا.

(وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ الطَّلَاقَ فَقَالَ: أَرَدْتُ بِقَوْلِي طَالِقٌ وَاحِدَةً وَبِقَوْلِي الطَّلَاقَ

فإن ترفقي يا هند فالرفق أيمن * وإن تحرقي يا هند فالحرق أشأمُ

فأنت طلاق والطلاق عزيمة * ثلاث ومن يحرق أعق وأظلم

كم يقع عليها؟. فكتب في جوابه: إن قال: ثلاثٌ مرفوعاً، تقع واحدة، وإن قال: ثلاثاً منصوباً، تقع ثلاث؛ لأنه إذا ذكره مرفوعاً كان ابتداءً، فيبقى قوله: فأنت طالق، فتقع واحدة، وإذا قال: ثلاثاً كان منصوباً على معنى البدل أوْ على التفسير فيقع به ثلاث.

قوله: وَالمَثْنَى بِمَعْزِلٍ مِّنْهُمَا، أي : من الفردية والجنسية.

أُخْرَى يُصَدَّقُ) لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا صَالِحٌ لِلْإِيقَاعِ فَكَأَنَّهُ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَطَالِقٌ فَتَقَعُ رَجْعِيَّتَانِ إِذَا كَانَتْ مَدْخُولًا بِهَا.

(وَإِذَا أَضَافَ الطَّلَاقَ إِلَى جُمْلَتِهَا أَوْ إِلَى مَا يُعَبَّرُ بِهِ عَنِ الْجُمْلَةِ وَقَعَ الطَّلَاقُ) لِأَنَّهُ أُضِيفَ إِلَى مَحِلِّهِ، وَذَلِكَ (مِثْلَ أَنْ يَقُولَ أَنْتِ طَالِقٌ) لِأَنَّ التَّاءَ ضَمِيرُ الْمَرْأَةِ (أَوْ) يَقُولَ (رَقَبَتُكِ طَالِقٌ أَوْ عُنُقُكِ) طَالِقٌ أَوْ رَأْسُكِ طَالِقٌ (أَوْ رُوحُكِ أَوْ بَدَنُكِ أَوْ جَسَدُكِ أَوْ فَرْجُكِ أَوْ وَجْهُكِ) لِأَنَّهُ يُعَبَّرُ بِهَا عَنْ جَمِيعِ الْبَدَنِ، أَمَّا الْجَسَدُ وَالْبَدَنُ فَظَاهِرٌ وَكَذَا غَيْرُهُمَا، قَالَ اللهُ تَعَالَى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة: ٣] وَقَالَ: ﴿فَظَلَّتْ أَعْنَاقُهُمْ لَهَا خَاضِعِينَ﴾ [الشعراء: ٤] وَقَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَعَنَ اللهُ الْفُرُوجَ عَلَى السُّرُوجِ» وَيُقَالُ: فُلَانٌ رَأْسُ الْقَوْمِ، وَيَا وَجْهَ الْعَرَبِ، وَهَلَكَ رُوحُهُ بِمَعْنَى نَفْسُهُ، وَمِنْ هَذَا الْقَبِيلِ الدَّمُ فِي رِوَايَةٍ يُقَالُ: دَمُهُ هَدَرٌ، وَمِنْهُ النَّفْسُ، وَهُوَ ظَاهِرٌ (وَكَذَلِكَ إِنْ طَلَّقَ جُزْءًا شَائِعًا مِنْهَا مِثْلَ أَنْ يَقُولَ نِصْفُك أَوْ ثُلُثُك) طَالِقٌ لِأَنَّ الشَّائِعَ مَحَلٌّ لِسَائِرِ التَّصَرُّفَاتِ كَالْبَيْعِ وَغَيْرِهِ فَكَذَا يَكُونُ مَحَلًّا لِلطَّلَاقِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَتَجَزَّأُ فِي حَقِّ الطَّلَاقِ فَيَثْبُتَ فِي الْكُلِّ ضَرُورَةً (وَلَوْ قَالَ: يَدُكِ طَالِقٌ أَوْ رِجْلُكِ طَالِقٌ لَمْ يَقَعِ الطَّلَاقُ)

قوله: وَلَوْ قَالَ: يَدُكِ طَالِقٌ أَوْ رِجْلُكِ طَالِقٌ لَمْ يَقَعِ الطَّلَاقُ، فإن قيل: اليد بمنزلة الرأس والوجه في أنه يُراد بهما جميع البدن؛ لقوله صلَّى الله عليه وسلم: «على اليد ما أخذت حتى ترده».

قلنا: ذكر في «الأسرار»: أراد النبي صلَّى الله عليه وسلم بذكر اليد هناك صاحبها، وعندنا متى قال الزوج: أردت إضمار صاحبتها طلقت، وإنما الكلام من حيث حقيقته؛ ولأنه يجوز أن يكون اليد هناك عبارة عن الكل مقروناً بالأخذ؛ لأن الأخذ باليد يكون، ولا يكون

وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ: يَقَعُ، وَكَذَا الخِلَافُ فِي كُلِّ جُزْءٍ مُعَيَّنٍ لا يُعَبَّرُ بِهِ عَنْ جَمِيعِ البَدَنِ، لَهُمَا أَنَّهُ جُزْءٌ مُسْتَمْتَعٌ بِعَقْدِ النِّكَاحِ وَمَا هَذَا حَالُهُ يَكُونُ مَحِلًّا لِحُكْمِ النِّكَاحِ فَيَكُونَ مَحِلًّا لِلطَّلَاقِ فَيَثْبُتَ الحُكْمُ فِيهِ قَضِيَّةً لِلْإِضَافَةِ ثُمَّ يَسْرِي إِلَى الكُلِّ كَمَا فِي الجُزْءِ الشَّائِعِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أُضِيفَ إِلَيْهِ النِّكَاحُ لِأَنَّ التَّعَدِّيَ مُمْتَنِعٌ إِذِ الحُرْمَةُ فِي سَائِرِ الأَجْزَاءِ تُغَلِّبُ الحِلَّ فِي هَذَا الجُزْءِ وَفِي الطَّلَاقِ الأَمْرُ عَلَى القَلْبِ،

كذلك مقروناً بالطلاق، فإنه باب بُني على حسب عُرف اللسانِ بكل بلد، فمتى جاء بلفظ يكنى به عن البدن كله في عُرف بلدهم كان طلاقاً صحيحاً، وإن امتنع ذلك في بلد آخر لا يكون طلاقاً في ذلك البلد، كالنبطي يطلق امرأته بالفارسية فتطلق، والعربي إذا تكلم به وهو لا يدري ما هو لم تطلق، فهذا باب لا مناقشةَ فيه،وإنما الخلاف في أنَّ ما يملك تبعاً هل يصلح محلًّا لإضافة الطلاق إليه على حقيقته دون صيرورته عبارة عن جملة البدن؟ فأمَّا على مجازه وصيرورتِه عبارة عن البدن فلا إشكالَ فإنه يقع بذلك، يدًا كان أو رجلًا بعد ما يستقيم ذلك في اللغة، أو كانت لغة لقوم يعرف لسانُهم.

قال شمس الأئمَّة الحلوانِي رحمه الله: إذا قال لها رأسك طالق، وعنى اقتصار الطلاق على الرأس لا يبعد أن نقول: لا تطلق، ولو قال: يدك طالق، وأراد به العبارة عن جميع البدن لا يبعد أن نقول: أنَّها تطلق، كذا في «المحيط».

قوله: يَكُونُ مَحِلًّا لِحُكْمِ النِّكَاحِ فَيَكُونَ مَحِلًّا لِلطَّلَاقِ؛ لأن حكم الطلاق هو رفع حكم النكاح، وحكم النكاح حل الاستمتاع، وهو موجود هاهُنا فكان حكم النكاح ثابتاً فكان محلًّا للطلاق.

قوله: وَفِي الطَّلَاقِ الأَمْرُ عَلَى القَلْبِ، أي: في كل موضع اجتمع الحل والحرمة يترجح جانب الحرمة في الابتداء والانتهاء، ثم في النكاح عدم انعقاده من باب تغلب الحرمة على الحل، فكذلك وقوع الطلاق في قوله: يدُك طالق على وجه السراية، من باب تغليب الحرمة على الحل أيضاً، فكانت المفارقة بين النكاح والطلاق عند إضافتهما إلى اليد لوجهين:

وَلَنَا أَنَّهُ أَضَافَ الطَّلَاقَ إِلَى غَيْرِ مَحِلِّهِ فَيَلْغُو كَمَا إِذَا أَضَافَهُ إِلَى رِيقِهَا أَوْ ظُفُرِهَا، وَهَذَا لِأَنَّ مَحَلَّ الطَّلَاقِ مَا يَكُونُ فِيهِ القَيْدُ لِأَنَّهُ يُنْبِئُ عَنْ رَفْعِ القَيْدِ وَلا قَيْدَ فِي اليَدِ وَلِهَذَا لا تَصِحُّ إِضَافَةُ النِّكَاحِ إِلَيْهِ، بِخِلَافِ الجُزْءِ الشَّائِعِ لِأَنَّهُ مَحَلٌّ لِلنِّكَاحِ عِنْدَنَا حَتَّى تَصِحَّ إِضَافَتُهُ إِلَيْهِ فَكَذَا يَكُونُ مَحَلًّا لِلطَّلَاقِ، وَاخْتَلَفُوا فِي الظَّهْرِ وَالبَطْنِ، وَالأَظْهَرُ أَنَّهُ لا يَصِحُّ لِأَنَّهُ لا يُعَبَّرُ بِهِمَا عَنْ جَمِيعِ البَدَنِ.

(وَإِنْ طَلَّقَهَا نِصْفَ تَطْلِيقَةٍ أَوْ ثُلُثَهَا كَانَتْ طَالِقًا تَطْلِيقَةً وَاحِدَةً) لِأَنَّ الطَّلَاقَ لا يَتَجَزَّأُ،

أحدهما: أن مبنى الطلاق على السراية دون النكاح، والثاني: أن تغلب الحرمة على الحل في النكاح في عدم انعقاده، وفي الطلاق في وقوعه، فلذلك افترق الحكم بينهما؛ لا أن اليد ليست بمحل لحكم النكاح.

قوله: وَلَنَا أَنَّهُ أَضَافَ الطَّلَاقَ إِلَى غَيْرِ مَحِلِّهِ فَيَلْغُو؛ وذلك لأن الأصبع أو اليد ليست بمحل لإضافة النكاح إليها، فكذلك الطلاق لمعنى، وهو أنَّها تبع في حكم النكاح والطلاق، ولهذا صحَّ النكاح والطلاق وإن لم يكن لها يد، ويبقى بعد فوات اليد؛ وهذا لأن النكاح والطلاق يُرادان عليها فتكون الأطراف فيها تبعـًا، كما في ملك الرقبة شراءً، وإذا ثبت أنَّها تبع فذكر الأصل يصير التبع مذكورًا، أمَّا بذكر التبع فلا يصيرُ الأصل مذكورًا، وإذا كان تبعـًا لم يكن محلًّا لإضافة التصرُّف إليه مقصودًا، والسراية إنما تتحقق بعد صحة الإضافة إلى محله.

قوله: وَالأَصَحُّ أَنَّهُ لا يَصِحُّ، أي: لا يقع حتى لا يكون به مظاهرًا، فإنه إذا قال: ظهرك أو بطنك على كظهر أمي، لا يكون مظاهرًا.

قوله: وَإِنْ طَلَّقَهَا نِصْفَ تَطْلِيقَةٍ أَوْ ثُلُثَهَا كَانَتْ طَالِقًا تَطْلِيقَةً وَاحِدَةً، وعند نفاة القياس لا يقع عليها شيء؛ لأن نصف التطليقة غير مشروع، وإيقاع ما ليس بمشروع من الزوج باطل.

ولكنَّا نقول: ما لا يحتمل الوصف بالتجزي، فذكر بعضه كذكر كله، فكان هو موقعـًا تطليقة كاملةً بِهذا اللفظ، وإيقاع التطليقة مشروعٌ.

وَذِكْرُ بَعْضِ مَا لا يَتَجَزَّأُ كَذِكْرِ الكُلِّ، وَكَذَا الجَوَابُ فِي كُلِّ جُزْءٍ سَمَّاهُ لِمَا بَيَّنَّا (وَلَوْ قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاثَةَ أَنْصَافِ تَطْلِيقَتَيْنِ فَهِيَ طَالِقٌ ثَلاثًا) لِأَنَّ نِصْفَ التَّطْلِيقَتَيْنِ تَطْلِيقَةٌ، فَإِذَا جَمَعَ بَيْنَ ثَلاثَةِ أَنْصَافٍ تَكُونُ ثَلاثَ تَطْلِيقَاتٍ ضَرُورَةً، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاثَةَ أَنْصَافِ تَطْلِيقَةٍ، قِيلَ: يَقَعُ تَطْلِيقَتَانِ لِأَنَّهَا طَلْقَةٌ وَنِصْفٌ فَيَتَكَامَلُ، وَقِيلَ: يَقَعُ ثَلاثُ تَطْلِيقَاتٍ لِأَنَّ كُلَّ نِصْفٍ يَتَكَامَلُ فِي نَفْسِهِ فَتَصِيرَ ثَلاثًا.

قوله: وَكَذَا الجَوَابُ فِي كُلِّ جُزْءٍ سَمَّاهُ، من النصف أو الثلث أو الربع فهو كذا، وإن قال: أنت طالق نصفي تطليقة فهي طالق واحدة؛ لأنه إنما أوقع أجزاء تطليقة واحدة.

وإن قال: أنت طالق نصف تطليقة، وثلث تطليقة، وربع تطليقة، وقد دخل بِها فهي طالق ثلاثًا؛ لأنه أوقع من كل تطليقة من التطليقات الثلاث جزءًا؛ لأنه نكر التطليقة في كل كلمة، والمُنكَّر إذا أعيد منكرًا فالثانِي غير الأول.

وإن قال: أنتِ طالق نصف تطليقة، وثلثها، وسدسها لم تطلق إلا واحدة؛ لأنه أضاف الأجزاء المذكورة إلى تطليقة واحدة بحرف الكناية، ولم يذكر في الكتاب ما لو قال: أنت طالق نصف تطليقةٍ وثلثها وربعها، فمن أصحابنا من يقول: هاهُنا تطلق ثنتين؛ لأنك إذا جمعتَ هذه الأجزاء المذكورة تكون أكثر من واحدة، والأصح أنها لا تطلق إلا واحدة؛ لأنه أضاف الأجزاء المذكورة إلى تطليقة واحدة فلم يقع إلا واحدة، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلَوْ قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاثَةَ أَنْصَافِ تَطْلِيقَتَيْنِ فَهِيَ طَالِقٌ ثَلاثًا، وهذه من خواص مسائل «الجامع الصغير».

وذكر الإمامُ فخر الإسلام رحمه الله: إنما أورد هذه المسألة لإشكال، وهو أن كل عدد نصَّفته لم يكن له إلا نصفان، فالقولُ بالثلاثة في ذلك يجبُ أن يلغو، والجوابُ عنه أنه إنما أراد بهذه التسمية الطلاق، أي: أراد بذلك النصف نفس الطلاق، ثم جميع هذا الطلاق الذي أراده بذكر النصف بالثلاثة، فكان نصف كل تطليقتين عبارة عن تطليقةٍ واحدةٍ، فكانت ثلاث تطليقات عند الاجتماع لا محالة؛ لأنه لمَّا كان نصف تطليقتين عبارة عن تطليقة واحدة،

(وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ مِنْ وَاحِدَةٍ إِلَى ثِنْتَيْنِ أَوْ مَا بَيْنَ وَاحِدَةٍ إِلَى ثِنْتَيْنِ فَهِيَ وَاحِدَةٌ، وَلَوْ قَالَ: مِنْ وَاحِدَةٍ إِلَى ثَلَاثٍ أَوْ مَا بَيْنَ وَاحِدَةٍ إِلَى ثَلَاثٍ فَهِيَ ثِنْتَانِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ فِي الأُولَى هِيَ ثِنْتَانِ وَفِي الثَّانِيَةِ ثَلَاثٌ) وَقَالَ زُفَرُ: فِي الأُولَى لا يَقَعُ شَيْءٌ، وَفِي الثَّانِيَةِ تَقَعُ وَاحِدَةٌ، وَهُوَ القِيَاسُ لِأَنَّ الغَايَةَ لا تَدْخُلُ تَحْتَ المَضْرُوبِ لَهُ الغَايَةُ، كَمَا لَوْ قَالَ: بِعْتُ مِنْكَ مِنْ هَذَا الحَائِطِ إِلَى هَذَا الحَائِطِ، وَجْهُ قَوْلِهِمَا

وإيقاع التطليقة الواحدة ثلاث مرَّات على المدخول بِها يُوجبُ التطليقات الثلاث.

فإن قيل: أليسَ أنهُ لو قال لها: أنت طالق ثلاثة أرباع تطليقتين، لم تطلق إلا ثنتين، ولم يقل: قد أوقع ثلاث مرات رُبع التطليقتين، وربع التطليقتين نصف تطليقة، ومن أوقع على امرأته ثلاث مرات نصف تطليقة تطلق ثلاثاً.

قلنا: جواب هذا اللفظ غير محفوظ قضاءً، وبعد التسليم الفرق واضح، فإن الأجزاء التي أوقعها هناك وهي ثلاثة أرباع موجودة في التطليقتين؛ لأن ربع تطليقتين نصف تطليقة، فثلاثة أرباع تطليقتين تطليقة ونصف فيقع تطليقتان، فلا حاجة إلى صرف الكلام عن ظاهره، وهاهُنا الأجزاء التي أوقعها غير موجودة في التطليقتين؛ إذ ليس للتطليقتين ثلاثة أنصاف فلا وجه لتصحيح كلامه إلا ما ذكرنا، وكلام العاقل محمول على الصحة، فلهذا جعلنا كأنه طلقها ثلاث مرات نصف التطليقتين، كذا في «الجامع الصغير» لشمس الأئمة السرخسي رحمه الله.

قوله: وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ مِنْ وَاحِدَةٍ إِلَى ثِنْتَيْنِ، إلى آخره، وحاصله أن الأقسام الثلاثة موجودة من الأقسام الأربعة التي اقتضتها القسمة العقلية، ولم يوجد الرابع، وهو أن تدخل الغاية الثانية دون الأولى، وذلك أن عندهما تدخل الغايتان، وعند زفر لا تدخل الغايتان، وعند أبي حنيفة رحمه الله تدخل الغاية الأولى دون الثانية.

قوله: وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ: فِي الأُولَى لا يَقَعُ شَيْءٌ، إلى آخره، وقد حاجَّ الأصمعيُّ زفرَ في هذه المسألة عند باب الرشيد، فقال له الأصمعي: ما قولك في رجل قيل له: كم سنك؟

وَهُوَ الِاسْتِحْسَانُ أَنَّ مِثْلَ هَذَا الكَلَامِ مَتَى ذُكِرَ فِي العُرْفِ يُرَادُ بِهِ الكُلُّ، كَمَا تَقُولُ لِغَيْرِك: خُذْ مِنْ مَالِي مِنْ دِرْهَمٍ إِلَى مِائَةٍ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ المُرَادَ بِهِ الأَكْثَرُ مِنَ الأَقَلِّ وَالأَقَلُّ مِنَ الأَكْثَرِ فَإِنَّهُمْ يَقُولُونَ سِنِّي مِنْ سِتِّينَ إِلَى سَبْعِينَ وَمَا بَيْنَ سِتِّينَ إِلَى سَبْعِينَ وَيُرِيدُونَ بِهِ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَإِرَادَةُ الكُلِّ فِيمَا طَرِيقُهُ طَرِيقُ الإِبَاحَةِ كَمَا ذُكِرَ، إِذِ الأَصْلُ فِي الطَّلَاقِ هُوَ الحَظْرُ، ثُمَّ الغَايَةُ الأُولَى لا بُدَّ أَنْ تَكُونَ مَوْجُودَةً لِيَتَرَتَّبَ عَلَيْهَا الثَّانِيَةُ، وَوُجُودُهَا بِوُقُوعِهَا، بِخِلَافِ البَيْعِ لِأَنَّ الغَايَةَ فِيهِ مَوْجُودَةٌ قَبْلَ البَيْعِ، وَلَوْ نَوَى وَاحِدَةً يَدِينُ دِيَانَةً لا قَضَاءً لِأَنَّهُ مُحْتَمَلُ كَلَامِهِ لَكِنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ.

(وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً فِي ثِنْتَيْنِ وَنَوَى الضَّرْبَ وَالحِسَابَ أَوْ لَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ

فقال: ما بين ستين إلى سبعين، أيكون ابن تسع وستين؟ فتحيَّر زفر رحمه الله، وقال: استحسنُ في مثل هذا، كذا ذكره فخر الإسلام رحمه الله.

قوله: ثُمَّ الغَايَةُ الأُولَى لا بُدَّ أَنْ تَكُونَ مَوْجُودَةً لِيَتَرَتَّبَ عَلَيْهَا الثَّانِيَةُ؛ لأنه أوقع الثلاثة، ولا ثانية قبل الأولى، فلا بُدَّ للكلام من الابتداء، فإذا لم يُوقع الأولى كما قال زفر، تصير الثانية ابتداءً، فلا يمكن إيقاعها أيضاً، فلأجل هذه الضرورة أدخلت الغاية الأولى، ولا ضرورة في الغاية الثانية فأخذنا فيها بالقياس كما قال زُفر رحمه الله، وحاصله أنه لمَّا لم يتصور وقوع الثانية إلا بعد وقوع الأولى أوقعنا الأولى، وهذا المعنى لا يوجد في الغاية الأخيرة؛ لأنه يتصور وقوع الثانية بدون الثالثة.

فإن قيل: أليس أنه لو قال لها: أنت طالق تطليقةً ثانيةً، لم يقع إلا واحدة، ولا يُقال من ضرورة وقوع الثانية وقوع الأولى.

قلنا: لأن قوله ثانيةً صار لغوًا هناك، وقوله هاهُنا من واحدة إلى ثلاث، كلام معتبر في إيقاع الثانية، ولا يتحقق ذلك إلا بعد إيقاع الأولى.

فإن قيل: فعلى قول زُفر رحمه الله إذا قال أنت طالق من واحدة إلى واحدة ينبغي أن

فَهِيَ وَاحِدَةٌ) وَقَالَ زُفَرُ: تَقَعُ ثِنْتَانِ لِعُرْفِ الحِسَابِ، وَهُوَ قَوْلُ الحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ، وَلَنَا أَنَّ عَمَلَ الضَّرْبِ أَثَرُهُ فِي تَكْثِيرِ الأَجْزَاءِ لا فِي زِيَادَةِ المَضْرُوبِ، وَتَكْثِيرُ أَجْزَاءِ الطَّلْقَةِ لا يُوجِبُ تَعَدُّدَهَا.

(فَإِنْ نَوَى وَاحِدَةً وَثِنْتَيْنِ فَهِيَ ثَلاثٌ) لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُهُ فَإِنَّ حَرْفَ الوَاوِ لِلْجَمْعِ وَالظَّرْفَ يَجْمَعُ المَظْرُوفَ، وَلَوْ كَانَتْ غَيْرَ مَدْخُولٍ بِهَا تَقَعُ وَاحِدَةٌ كَمَا فِي قَوْلِهِ وَاحِدَةً وَثِنْتَيْنِ، وَإِنْ نَوَى وَاحِدَةً مَعَ ثِنْتَيْنِ تَقَعُ الثَّلاثُ لِأَنَّ كَلِمَةَ «فِي» تَأْتِي بِمَعْنَى «مَعَ» كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَادْخُلِي فِي عِبَادِي﴾ [الفجر: ٢٩] أَيْ مَعَ عِبَادِي، وَلَوْ نَوَى

لا يقع شيء؛ لأنه ليس بين الحدين شيء.

قلنا: قد قال بعض المتأخرين: ينبغي أن يكون هكذا على قياس مذهبه، قال رضي الله عنه: والأصح عندي أنه يقع تطليقة واحدة؛ لأن آخر كلامه لغوٌ باعتبار أنه جعل الشيء الواحد حدًّا ومحدودًا، وذلك لا يتصور، فإن ألغى آخر كلامه يبقى قوله: أنت طالق، كذا في «الجامع الصغير» لشمس الأئمة السرخسي رحمه الله.

قوله: وَلَنَا أَنَّ عَمَلَ الضَّرْبِ أَثَرُهُ فِي تَكْثِيرِ الأَجْزَاءِ، وذلك لأن الواحد بالضرب في المثنى لا يزداد في نفسه، ولكن تتكثر أجزاؤه وتتعدَّد أبعاضه؛ لأنه لو كان يزدادُ في نفسه لم يبق في دار الدنيا فقير؛ لأن الفقير الذي بقي إلى هذا الوقت لا بُدَّ أنه كان وُجد ممَّا يبقيه ممَّا يأكل ويشرب ويلبس، حتى لو بقي ثم لو وجد درهماً مثلًا فجعله عشرين ألف جُزءًا كان له عشرين ألف درهم، على تقدير زيادة المضروب في نفسه، فكذلك ممَّا وجده من المأكولات، والمشروبات، والملبوسات، لو زاد في نفسه عند الضرب صار غنيًّا ولم يبق فقيرًا، وإذا ثبت أنه لم يزدد في نفسه عند الضرب، بل تتكثر أجزاؤه كان عند الضرب كأنه أوْقَع أجزاءَ طلقةً واحدةً بصفة التفريق، وحينئذٍ لا يقع إلا واحدة، كما لو قال لها: أنت طالق تطليقة وثُلثها ورُبعها، وكما لو قال لها: أنت طالق نصفي تطليقة على ما ذكرنا، إلى هذا

الظَّرْفَ تَقَعُ وَاحِدَةٌ، لِأَنَّ الطَّلَاقَ لا يَصْلُحُ ظَرْفًا فَيَلْغُو ذِكْرُ الثَّانِي (وَلَوْ قَالَ اثْنَتَيْنِ فِي اثْنَتَيْنِ وَنَوَى الضَّرْبَ وَالحِسَابَ فَهِيَ ثِنْتَانِ) وَعِنْدَ زُفَرَ ثَلَاثٌ لِأَنَّ قَضِيَّتَهُ أَنْ تَكُونَ أَرْبَعًا، لَكِنْ لا مَزِيدَ لِلطَّلَاقِ عَلَى الثَّلَاثِ، وَعِنْدَنَا الِاعْتِبَارُ لِلْمَذْكُورِ الأَوَّلِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ (وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ مِنْ هُنَا إِلَى الشَّامِ فَهِيَ وَاحِدَةٌ بِمِلْكِ الرَّجْعَةِ) وَقَالَ زُفَرُ: هِيَ بَائِنَةٌ لِأَنَّهُ وَصَفَ الطَّلَاقَ بِالطُّولِ،

أشار في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: لِأَنَّ الطَّلَاقَ لا يَصْلُحُ ظَرْفًا؛ لأنه عرض والعرض يفتقر إلى المحل ليقوم فيه، وهو لا يقوم بنفسه، فكيف يقوم غيره به حتى يصير محلًّا له؟ ونوى الضرب والحساب فهي ثنتان، وكذلك إن لم ينو شيئًا، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان.

قوله: الِاعْتِبَارُ لِلْمَذْكُورِ الأَوَّلِ، وهو قوله: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً فِي ثِنْتَيْنِ.

قوله: عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وهو قوله: أَنَّ عَمَلَ الضَّرْبِ أَثَرُهُ فِي تَكْثِيرِ الأَجْزَاءِ لا فِي زِيَادَةِ المَضْرُوبِ.

قوله: وَإِنْ نَوَى وَاحِدَةً مَعَ ثِنْتَيْنِ تَقَعُ الثَّلَاثُ، أي: سواء دخل بها أو لم يدخل، فلذلك أطلق ولم يُقيد بالدخول؛ بخلاف ما إذا نوى واحدة وثنتين، فإنه إذا قال لامرأته: أنت طالق واحدة مع واحدة تقع الثنتان، سواء دخل بها أو لم يدخل، بخلاف ما إذا قال: أنت طالق واحدة وواحدة.

قوله: وَقَالَ زُفَرُ: هِيَ بَائِنَةٌ لِأَنَّهُ وَصَفَ الطَّلَاقَ بِالطُّولِ، فإن قيل: على قول زُفر، إذا قال الرجل لامرأته: أنت طالق تطليقة طويلة، يقع الطلاق رجعيًّا على ما ذكر في «المنظومة»، وواصف الطلاق حين أوقعه بالطول أو العرض له المراجعة، فكيف صحَّ تعليله هنا بالوصف بالطول في إيقاع البينونة؟

قلنا: يفرق بين ذكر الطول صريحًا وبين ذكره كناية، ونقول: إذا ذكره صريحًا فقد وصف

قُلْنَا: لا بَلْ وَصَفَهُ بِالقَصْرِ لِأَنَّهُ مَتَى وَقَعَ وَقَعَ فِي الأَمَاكِنِ كُلِّهَا.

(وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ بِمَكَّةَ أَوْ فِي مَكَّةَ فَهِيَ طَالِقٌ فِي الحَالِ فِي كُلِّ البِلَادِ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ فِي الدَّارِ) لِأَنَّ الطَّلَاقَ لا يَتَخَصَّصُ بِمَكَانٍ دُونَ مَكَانٍ، وَإِنْ عَنَى

صريح الطلاق بما لا يوصف به حقيقة؛ لأن الطلاق عرض وليس له طول، والطول والعرض من صفات الأعيان، فلمَّا لغا وصفه بالطول بقي صريح الطلاق، فهو يعقب الرجعة بالنص.

وأمَّا إذا قال: أنت طالق من هاهُنا إلى الشام، فقد أثبت الطول بطريق الكناية، وثبوت الشيء بالكناية أقوى من ثبوته بالصريح، فإن ثبوت الشيء بالكناية ثبوت بدليله، ولا كذلك الصريح، ألا ترى أن قولك: فلان كثير الرماد، أبلغ في إثبات الجود من قولك: فلان جواد؛ لما أنَّ كثرة الرماد أثر الجود وعلامته.

وأمَّا قولك: جواد فمجرد وصف لا غير، أو نقول: جاز أن يتوقع تعليل المسألة على مذهبنا فنقول: لمَّا قال لامرأته أنت طالق من هاهُنا إلى الشام، فقد وصف الطلاق بالطول، وفي وصف الطلاق بالطول صريحاً عندكم تثبت البينونة، فكذا في وصفه بالطول بطريق الكناية عندي، هذا كما علل مسألة سقوط النية أصلًا في صوم رمضان من الصحيح المقيم، بالقياس على صاحب النصاب إذا وهبه من الفقير بعد الحول، مع أن الزكاة لا تسقط عنده فيما إذا تصدَّق بجميع النصاب على فقير واحد.

قوله: قُلْنَا: لا بَلْ وَصَفَهُ بِالقَصْرِ، إلى آخره، وذكر الإمامُ التمرتاشي رحمه الله: لنا أنه مدَّ المرأة دون الطلاق، حتى لو قال: أنت طالق تطليقة إلى الشام فبائن؛ لأن الطول يكون صفة للطلقة، وكذا لو قال: أنت طالق تطليقة طولها كذا وعرضها كذا لا يكون ثلاثاً وإن نوى؛ لأن الطول والعرض يكون للشيء الواحد، فلا يسع فيه نية الثلاث، ولو اعتبر على رواية أنت طالق تطليقة شديدة، أو طويلة، أو عريضة، ونوى الثلاث، قيل: لا يكون ثلاثاً وقيل يكون.

قوله: لِأَنَّ الطَّلَاقَ لا يَتَخَصَّصُ بِمَكَانٍ دُونَ مَكَانٍ، بخلاف الزمان؛ لأن للطلاق اختصاصاً وتعلقا به؛ لما بيَّنا أن بين الطلاق والزمان مُناسبة من حيث التجدّد والحدوث،

بِهِ إِذَا أَتَيْتِ مَكَّةَ يُصَدَّقُ دِيَانَةً لا قَضَاءً لِأَنَّهُ نَوَى الإِضْمَارَ وَهُوَ خِلَافُ الظَّاهِرِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَأَنْتِ مَرِيضَةٌ، وَإِنْ نَوَى إِنْ مَرِضْتِ لَمْ يُدَيَّنْ فِي القَضَاءِ.

فيمكن أن يقال: تجدّد الطلاق بحسب تجدّد الزمان الذي تعلق به الطلاق.

بخلاف المكان، فإنه عين قائم بنفسه، ولا يتجدَّد كل ساعة، ولما لم يكن للطلاق تعلق بالمكان كان ذكر المكان وعدمُ ذكره بمنزلة، فبقي قوله: أنت طالق، وهو موجب لوقوع الطلاق في الحال.

وأمَّا الزمان فهو على ثلاثة أوجه:

أمَّا إن كان أوقع الطلاق في الزمان الماضي، أو الحال، أو الاستقبال، ففي الماضي والحال يقع في الحال؛ لأن الزمان الماضي مضى عنه خالياً عن الطلاق، وليس في وسعه شغل ذلك الزمان بالطلاق؛ لأنه انعدم، وإنشاء الصفة في المعدوم ليس بمقدور العباد، ولكن لو كان واقعاً فيما مضى كان واقعاً في الحال؛ لأن الطلاق لا يتوقف، فلذلك جعل كأنه أوقعه في الحال، وأمَّا في الحال فظاهر؛ لأن الطلاق صادفَ محله فيقع.

وأمَّا إذا أوقعه في المستقبل فيقع في المستقبل لتعلقه به؛ لما أنَّ الطلاق فعل من الأفعال، والأفعال كلها تتجدَّد ساعة فساعة، فكذلك الزمان، فلذلك ناسب التعليق بالزمان المستقبل، فيُوجد الطلاق عند وجود ذلك الزمان الذي عينه، فكان كلاهما معدوماً في الحال، وهذا هو معنى التعليق.

وذكر في «المبسوط»: إذا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ بِمَكَّةَ أَوْ فِي مَكَّةَ فَهِيَ طَالِقٌ فِي الحَالِ، وكذلك قوله: أنت طالق في ثوب كذا، وعليها غيره طلقت؛ لأن وصفه إيَّاها بالطلاق لا يختص بثوب دون ثوب، وإن قال: عنيتُ به إذا لبست ذلك الثوب دُيّن فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه جعل ذكر الثوب كناية عن فعل اللبس فيه، وهو نوع من المجاز، وكذلك قوله: في الدار أو في الظل، أو في الشمس.

وإن قال: في ذهابك إلى مكة، أو في دخولك الدار، أو في لبسك ثوب كذا، لم تطلق حتى

(وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ إِذَا دَخَلْتِ مَكَّةَ لَمْ تَطْلُقْ حَتَّى تَدْخُلَ مَكَّةَ) لِأَنَّهُ عَلَّقَهُ بِالدُّخُولِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ فِي دُخُولِ الدَّارِ يَتَعَلَّقُ بِالفِعْلِ لِمُقَارَبَةٍ بَيْنَ الشَّرْطِ وَالظَّرْفِ فَحُمِلَ عَلَيْهِ عِنْدَ تَعَذُّرِ الظَّرْفِيَّةِ.

يفعل ذلك؛ لأن حرف (في) للظرف، والفعل لا يصلح ظرفاً للطلاق على أن يكون شاغلًا له، فيحمل على معنى الشرط لمناسبة بين الشرط والظرف؛ ولأن المظروف لا يوجد بدون الظرف، وكذلك المشروط لا يوجد بدون الشرط، والشرط يكون سابقاً على المشروط، فكذلك الظرف يكون سابقاً على المظروف، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(فَصْلٌ فِي إِضَافَةِ الطَّلَاقِ إِلَى الزَّمَانِ)

(وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ غَدًا وَقَعَ عَلَيْهَا الطَّلَاقُ بِطُلُوعِ الفَجْرِ) لِأَنَّهُ وَصَفَهَا بِالطَّلَاقِ فِي جَمِيعِ الغَدِ وَذَلِكَ بِوُقُوعِهِ فِي أَوَّلِ جُزْءٍ مِنْهُ، وَلَوْ نَوَى بِهِ آخِرَ النَّهَارِ صُدِّقَ دِيَانَةً لا قَضَاءً لِأَنَّهُ نَوَى التَّخْصِيصَ فِي العُمُومِ، وَهُوَ يَحْتَمِلُهُ لَكِنَّهُ مُخَالِفٌ لِلظَّاهِرِ.

(وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ اليَوْمَ غَدًا أَوْ غَدًا اليَوْمَ يُؤْخَذُ بِأَوَّلِ الوَقْتَيْنِ الَّذِي تَفَوَّهَ بِهِ)

فصل في إضـافة الطلاق إلى الزمان

لمَّا شرع في باب إيقاع الطلاق، أوردَ فيه فصولًا مترادفة من إضافة الطلاق، وتنويعه، وتشبهه.

قوله: وَلَوْ نَوَى بِهِ آخِرَ النَّهَارِ صُدِّقَ دِيَانَةً لا قَضَاءً لِأَنَّهُ نَوَى التَّخْصِيصَ فِي العُمُومِ، ونية التخصيص في العموم صحيحة فيما بينه وبين الله تعالى، كما لو قال: لا أكل طعاماً وهو ينوي طعاماً دون طعام، كذا في «المبسوط».

قوله: يُؤْخَذُ بِأَوَّلِ الوَقْتَيْنِ الَّذِي تَفَوَّهَ بِهِ؛ لأنه وصفها بالطلاق في اليومين، وبوقوع تطليقة عليها في الحال يتصف بالطلاق اليوم وغدًا وبعد غدٍ، فكان قوله غدًا فضلًا من الكلام.

فإن قيل: لماذا لم يجعل ذكر الغد لإيقاع تطليقة أخرى فيه.

قلنا: لعدم الحاجة إلى ذلك، فإنَّا إنما نجعل كلامه الذي هو وصف حقيقةً إيقاعاً لأجل الحاجة، وهذه الحاجة ترتفع بالواحدة فإنَّها بالتطليقة الواحدة تكون طالقاً في الوقتين جميعاً، فلا تقع أخرى لذلك، كما قال في «النوازل»: لو قال لها: أنتِ طالق أول النهار وآخره

....

أنه يقع تطليقة واحدة، وإذا قال: غدًا كان للإضافة والمضاف لا يتنجز؛ وذلك لأنه لما قال: غدًا اليوم فإنَّما وصفها بالطلاق غدًا، أو بالطلاق الذي يقع عليها في الغد، فلا تكون موصوفة بأنَّها طالق اليوم، فلغا قوله اليوم.

ولا يقال: ينبغي أن يجعل كلامه إيقاعـًا تطليقة أخرى في اليوم، فإنه أضاف الطلاق أوَّلًا إلى المستقبل، ثم ذكر الوقت القائم وهو متقدم في الوجود، والمضاف إلى المستقبل لا يتقدَّم وجوده على الوقت المضاف إليه، وإذا لم يصح تقدّم المضاف اقتضى وقوعه ضرورة وقوع طلاق آخر في الوقت، كما لو قال: أنت طالق آخر النهار وأوله؛ حيث تقع تطليقتان، كما لو قال لامرأته في الليل: أنت طالق في نهارك وليلك، فإنَّها تطلق تطليقتين للمعنى الذي قلنا، فكذلك هاهُنا.

قلنا: إن في تلك المسألة إنما وقعت تطليقة أخرى؛ لأنه ذكره بحرف الواو، والواو في مثله يعتبر للابتداء، فيجعل كل واحد منهما ظرفـًا على حدة، فاقتضى مظروفـًا، وهاهُنا أضاف الطلاق إلى وقتين بغير حرف الواو، وجعل الوقت الثانِي صفة للأول، فإنه بغير الواو يصير الثانِي صفة للأول؛ كقوله: ضربت رجلًا أسود، والوقت الثانِي لا يصح صفة للأول فيلغوا ذكره؛ وذلك لأنه لمَّا وصفها في الوقتين بأنَّها طالق بتطليقة واحدة لم يمكن إيقاع تطليقتين؛ لأنَه إنَّما صرح بأنَّها طالق بطلاق يقع عليها في الغد، فلهذا جعلنا آخر الوقتين لغوًا في الوجهين، كذا في «الجامع الصغير» لشمس الأئمة السرخسي، والإمام المحبوبي.

فإن قلتَ: قد ذكر حكم هذين الوقتين إذا ذكرا بغير الواو، فما حكمهما إذا ذكرا مع الواو؟

قلتُ: قد ذكر في «المبسوط» الفرق بين المسألتين عند ذلك، فقال: ولو قال أنت طالق اليوم وغدًا طلقت في الحال واحدة، ثم لا تطلق غيرها؛ لأن العطف للاشتراك فقد وصفها بالطلاق في الوقتين، وهي بالتطليقة الواحدة تتصف بالطلاق في الوقتين جميعـًا، وأمَّا إذا قال: غدًا واليوم، تطلق واحدة اليوم عندنا وأخرى غدًا؛ لأنه عطف بالجملة الناقصة على الجملة الكاملة، فالخبر المذكور في الجملة الكاملة يصير معادًا في الجملة الناقصة، فإن العطف في الاشتراك بين المعطوف والمعطوف عليه في الخبر، فكأنه قال: وأنت طالق اليوم.

فَيَقَعَ فِي الأَوَّلِ فِي اليَوْمِ وَفِي الثَّانِي فِي الغَدِ، لِأَنَّهُ لَمَّا قَالَ: اليَوْمَ كَانَ تَنْجِيزًا وَالمُنَجَّزُ لا يَحْتَمِلُ الإِضَافَةَ، وَإِذَا قَالَ: غَدًا كَانَ إِضَافَةً وَالمُضَافُ لا يَتَنَجَّزُ لِمَا فِيهِ مِنْ إِبْطَالِ الإِضَافَةِ فَلَغَا اللَّفْظُ الثَّانِي فِي الفَصْلَيْنِ.

(وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ فِي غَدٍ وَقَالَ نَوَيْتُ آخِرَ النَّهَارِ دُيِّنَ فِي القَضَاءِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: لا يَدِينُ فِي القَضَاءِ خَاصَّةً) لِأَنَّهُ وَصَفَهَا بِالطَّلَاقِ فِي جَمِيعِ الغَدِ فَصَارَ

وعن زفر رحمه الله أنها لا تطلق إلا واحدة؛ لأن صيغة كلامه وصف، وهي بالتطليقة الواحدة تتصف بأنَّها طالق في الوقتين جيعًا، وجوابه ما ذكرنا.

قوله: لِأَنَّهُ لَمَّا قَالَ: اليَوْمَ كَانَ تَنْجِيزًا وَالمُنَجَّزُ لا يَحْتَمِلُ الإِضَافَةَ، فإن قلتَ: هذه الدعوى إنما تصح إن لو اقتصر على ذكر اليوم؛ وأمَّا عند ضمِّه إلى ذلك ذكر الغد فلا، فإن أوَّل الكلام يتوقف إلى آخره إذا كان في آخره ما يُغيره، ألا ترى أنه إذا قال: أنتِ طالقٌ اليوم إذا جاء غدٌ، فهي طالق حين يطلع الفجر، فلم يقل هُناك المنجز بذكر اليوم لا يحتمل التعليق بذكر الشرط؛ لما قلنا أن أول الكلام يتوقف على آخره إذا كان في آخره ما يُغيِّره، فينبغي أن يكون هاهُنا كذلك بأن لا يلغى ذكر الإضافة كما لا يلغى هُناك ذكر التعليق.

قلتُ: قال الإمام المحقق شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في «المبسوط» جوابُه فقال: إنما يُعتبر حكم أول الكلام هُناك؛ لأن ذلك تعليق بالشرط وبذكر الشرط موصولًا بكلامه يخرج كلامه من أن يكون تنجيزًا، كما لو قال: أنت طالق اليوم إذا كلمتَ فلانًا، أو إن كلمتَ فلانًا، لم تطلق قبل الكلام، وتبيَّن بذكر الشرط أن قوله اليوم لبيان وقت التعليق، لا لبيان وقت الوقوع، بخلاف قوله: اليوم غدًا، فإن هناك ليس بذكر الشرط، فيبقى قوله اليوم بيانًا لوقت الوقوع.

وذكر في «الذخيرة» في جواب هذا السؤال فقال: إن قوله: أنتِ طالق اليوم إيقاع للحال، وقوله: إذا جاء غد تعليق، فقد أتى بالإيقاع والتعليق فلا بُدَّ من اعتبار أحدهما فاعتبر بالتعليق؛ لأن في اعتبار التعليق إلغاء كلمةٍ واحدةٍ وهي اليوم، وفي أعتبار اليوم إلغاء كلمات

بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ غَدًا عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ وَلِهَذَا يَقَعُ فِي أَوَّلِ جُزْءٍ مِنْهُ عِنْدَ عَدَمِ النِّيَّةِ، وَهَذَا لِأَنَّ حَذْفَ «فِي» وَإِثْبَاتَهُ سَوَاءٌ لِأَنَّهُ ظَرْفٌ فِي الحَالَيْنِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ نَوَى حَقِيقَةَ كَلَامِهِ لِأَنَّ كَلِمَةَ «فِي» لِلظَّرْفِ وَالظَّرْفِيَّةُ لا تَقْتَضِي الِاسْتِيعَابَ،

وهي قوله: إذا جاء غد، ولا شك أن إلغاء كلمة واحدة أهون، وإذا اعتبرنا التعليق صار تقدير مسألتنا: أنتِ طالق إذا جاء غد؛ وأمَّا إذا قال: أنت طالق اليوم وغدًا، يقع اليوم تطليقة ولا يقع أخرى إذا جاء غدًا، لأن قوله: أنت طالق إيقاع الواحدة من حيث الحقيقة، فلو وقع أخرى في الغد إنَّما يقع كيلا يلغو ذكر الغد، ولا يلغو ذكر الغد إذا لم يقع أخرى في الغد؛ لأنه جعل الغد ظرفـًا لكونها طالقـًا في الغد، وإذا وقعت واحدة في اليوم، فيبقى ذلك في الغد فيكون الغد ظرفـًا لكونها طالق في الغد.

قوله: عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، إشارة إلى **قوله:** لِأَنَّهُ نَوَى التَّخْصِيصَ فِي العُمُومِ، وَهُوَ يَحْتَمِلُهُ لَكِنَّهُ مُخَالِفٌ لِلظَّاهِرِ.

قوله: وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أَنَّهُ نَوَى حَقِيقَةَ كَلَامِهِ، في هذه النكتة جوابٌ عن قولهما **بقوله:** مَا بَيَّنَّاهُ، أي: أنه نوى التخصيص في العموم فكان هو خلافـًا لظاهر، فلا يصدق قضاءً، فقال: ففي خلاف الظاهر إنما لا يُديَّن في القضاء إذا لم تكن نيَّته مُصادفة لحقيقة كلامه، وهاهُنا صادفت نيته حقيقة كلامه فيُدين قضاءً وديانةً، ألا ترى أنَّ الرجل إذا حلف أن لا يتزوج النساء، ونوى جميع النساء، يصُدق قضاءً وديانةً، وإن كان هو على خلاف الظاهر لمصادفة نيته حقيقة كلامه.

قوله: وَالظَّرْفِيَّةُ لا تَقْتَضِي الِاسْتِيعَابَ؛ أي: الظرفية الثابتة بكلمة في لا تقتضي الاستيعاب، بخلاف الظرفية المنزوعة عنها كلمة (في)، فإنَّها تقتضيه، ألا ترى أنه لو قال: لله عليَّ أن أصوم في هذه السنة، فصام يومـًا يخرج عن العهدة، ولو قال: لله عليَّ أن أصوم السنة يلزمه صوم جميع السنة بالإجماع.

والفقه فيه هو أن قوله: غدًا، يصير ظرفـًا بطريق الضرورة؛ لأن الظرفيَّة تثبت لا بلفظ

وَتَعَيَّنَ الجُزْءُ الأَوَّلُ ضَرُورَةَ عَدَمِ المُزَاحِمِ، فَإِذَا عَيَّنَ آخِرَ النَّهَارِ كَانَ التَّعْيِينُ القَصْدِيُّ أَوْلَى بِالِاعْتِبَارِ مِنَ الضَّرُورِيِّ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ غَدًا لِأَنَّهُ يَقْتَضِي الِاسْتِيعَابَ حَيْثُ وَصَفَهَا بِهَذِهِ الصِّفَةِ مُضَافًا إِلَى جَمِيعِ الغَدِ، نَظِيرُهُ إِذَا قَالَ: وَاللهِ لَأَصُومَنَّ عُمْرِي، وَنَظِيرُ الأَوَّلِ: وَاللهِ لَأَصُومَنَّ فِي عُمْرِي، وَعَلَى هَذَيْنِ الدَّهْرَ وَفِي الدَّهْرِ.

(وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ أَمْسِ وَقَدْ تَزَوَّجَهَا اليَوْمَ لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ) لِأَنَّهُ أَسْنَدَهُ إِلَى حَالَةٍ مَعْهُودَةٍ مُنَافِيَةٍ لِمَالِكِيَّةِ الطَّلَاقِ فَيَلْغُو، كَمَا إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَ أَنْ أُخْلَقَ،

يدل عليها، وفي قوله: وفي غدٍ، يثبت بلفظ يدلُّ عليها، والثابتُ باللفظ يحتمل النيَّة؛ لأن النيَّة لتعيين بعض ما احتمله اللفظ، وما يثبت بدونه لا يحتملها، فبقي على ما اقتضاه اللفظ.

يوضح فرق المسألة هاهُنا الفرق المذكور في قوله: أنت طالق كل يوم، وقوله: أنت طالق في كل يوم، حيث يقع في الأول تطليقة واحدة؛ لأنه وصفها بالطلاق في كل الأيام، وهي موصوفة بالطلقة الواحدة في جميع الأيام؛ لما أنه لو سكت على أنت طالق كانت واحدة، وهي موصوفة، وكانت طالقـًا كل يوم، فكذا إذا ذكر كل يوم، وكذا إذا قال: أنت طالق أبدًا، وفي الثاني يقع ثلاث تطليقات في ثلاثة أيام؛ لأنه أوقع عليها في كل يوم تطليقة، كذا في «الفوائد الظهيريَّة»، وشروح «الجامع الصغير».

قوله: وَتَعَيَّنَ الجُزْءُ الأَوَّلُ، أي: عند عدم النيَّة، هذا جوابٌ عن قولهما، وهو **قوله:** وَلِهَذَا يَقَعُ فِي أَوَّلِ جُزْءٍ مِنْهُ عِنْدَ عَدَمِ النِّيَّةِ، يعني إن وقوع الطلاق في الأول باعتبار عدم المزاحم؛ لا أن كل الغد ظرف، فإذا عيَّن آخر النهار كان التعيين القصدي أولى بالاعتبار، فكان ذلك منه تعيينـًا لا تغييرًا، فتعين المبهم يُصح منه قضاءً وديانةً، كما إذا قال لامرأتيه: إحداكما طالق، ثم عيَّن إحداهما فهو تعيين لا تغيير، والجامع بينهما تعيين المبهم، يعني أن **قوله:** وَاللهِ لَأَصُومَنَّ عُمْرِي، يستغرق جميع العمر، كما أن غدًا يستغرق جميع الغد، وكذلك لأصومنَّ الدهر، و**قوله:** وَاللهِ لَأَصُومَنَّ فِي عُمْرِي، أو: فِي الدَّهْرِ، لا يستغرق العُمر والدهر،

وَلِأَنَّهُ يُمْكِنُ تَصْحِيحُهُ إِخْبَارًا عَنْ عَدَمِ النِّكَاحِ أَوْ عَنْ كَوْنِهَا مُطَلَّقَةً بِتَطْلِيقِ غَيْرِهِ مِنَ الأَزْوَاجِ (وَلَوْ تَزَوَّجَهَا أَوَّلَ مِنْ أَمْسِ وَقَعَ السَّاعَةَ) لِأَنَّهُ مَا أَسْنَدَهُ إِلَى حَالَةٍ مُنَافِيَةٍ وَلا يُمْكِنُ تَصْحِيحُهُ إِخْبَارًا أَيْضًا فَكَانَ إِنْشَاءً، وَالإِنْشَاءُ فِي المَاضِي إِنْشَاءٌ فِي الحَالِ فَيَقَعُ السَّاعَةَ (وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَ أَنْ أَتَزَوَّجَكِ لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ) لِأَنَّهُ أَسْنَدَهُ إِلَى حَالَةٍ مُنَافِيَةٍ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ: طَلَّقْتُكِ وَأَنَا صَبِيٌّ أَوْ نَائِمٌ، أَوْ يُصَحَّحُ إِخْبَارًا عَلَى مَا ذَكَرْنَا.

بل يجبُ عليه صوم يوم من العمر لا غير.

قوله: لِأَنَّهُ أَسْنَدَهُ إِلَى حَالَةٍ مَعْهُودَةٍ - أي: معلومة - مُنَافِيَةٍ لِمَالِكِيَّةِ الطَّلَاقِ فَيَلْغُوَ؛ لأنَّها لم تكن في ملكه في ذلك الوقت الذي أضاف الطلاق إليه.

وحاصله أنه متى وصفها بالطلاق في وقت لم يكن هو مالكـًا للإيقاع فيه، كان ذلك منه إنكارًا للطلاق لا إقرارًا به، كما إذا قال: طلقتك قبل أن أتزوجك، أو قبل أن تخلقي، ومتى وصفها بالطلاق في وقت كان مالكـًا للإيقاع عليه، كان ذلك منه إقرارًا صريحـًا بالطلاق، ومن ضرورة كونها طالقـًا في ذلك الوقت أن تكون طالقـًا في الحال.

قوله: وَلِأَنَّهُ يُمْكِنُ تَصْحِيحُهُ إِخْبَارًا عَنْ عَدَمِ النِّكَاحِ، إلى آخره؛ وهذا لأنه لمَّا كان للإخبار وضعـًا جعل إخبارًا، كما لو قال لامرأتيه: إحداكما طالق مرارًا، لم يقع إلا واحدة؛ لإمكان جعل الثاني إخبارًا.

فإن قيل: ما ذكرتم منتقض بما إذا قال لامرأته بعد الدخول: أنت طالق، قاله مرارًا يقع الثلاث، وإن أمكن جعل الثاني والثالث إخبارًا.

قلنا: لا يمكن؛ لأن القيد كما يزول عنها يعود إليها، فيمتنع كون الثاني إخبارًا، وهذا عند بعضهم، والمُتأخرون من مشايخنا يقولون: بتوقيف زوال القيد عنها على انقضاء العدَّة، وكذا قالوا: لو قال لامرأته وهي مدخول بها: أنت طالق ثم طالق، ثم قال: كل امرأة لي طالق

(وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ مَا لَمْ أُطَلِّقْكِ أَوْ مَتَى لَمْ أُطَلِّقْكِ أَوْ مَتَى مَا لَمْ أُطَلِّقْكِ وَسَكَتَ طَلُقَتْ) لِأَنَّهُ أَضَافَ الطَّلَاقَ إلَى زَمَانٍ خَالٍ عَنِ التَّطْلِيقِ وَقَدْ وُجِدَ حَيْثُ سَكَتَ، وَهَذَا لِأَنَّ كَلِمَةَ مَتَى وَمَتَى مَا صَرِيحٌ فِي الوَقْتِ لِأَنَّهُمَا مِنْ ظُرُوفِ الزَّمَانِ، وَكَذَا كَلِمَةُ «مَا» قَالَ اللهُ تَعَالَى ﴿مَا دُمْتُ حَيًّا﴾ [مريم: ٣١] أَيْ وَقْتَ الحَيَاةِ.

(وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ إنْ لَمْ أُطَلِّقْكِ لَمْ تَطْلُقْ حَتَّى يَمُوتَ) لِأَنَّ العَدَمَ لا يَتَحَقَّقُ إلَّا

يقع عليها طلاق آخر، وهذا شاهدٌ لهم بقيام النكاح بعد الطلاق، وإذا كان كذلك تعذر اعتبار الثاني إخبارًا، وهذا بخلاف ما استشهد به؛ لأن القيد ثمَّة يزول عن مسمًّى إحداهما قضيَّة للإخبار بلا عود، لامتناع وجوب العدَّة عليها؛ إذ وجوبها من وقت البيان.

وحاصل هذه النكتة هو أن قوله: أنت طالق، إنما يجعل إنشاءً وإيجابـًا للطلاق، أن لو لم يمكن جعله إخبارًا؛ إذ هو حقيقة في الإخبار والكلام على حقيقته ما لم يقم الدليل على مجازه، فلمَّا تزوَّجها اليوم فقد أمكن العمل بحقيقته؛ لأنَّهاكانت طالقـًا عند أمس فلم يجب إيقاع الطلاق، فلمَّا تزوجها أوَّل من أمس فلم يستقم العمل بحقيقته، فوجب إضمار الواقع فيه اقتضاءً؛ لأنه وصفها بكونها طالقـًا أمس، وهي لم تكن طالقـًا أمس، فلم يكن تصحيح هذا الكلام بطريق الإخبار، إلا أن يتضمن طلاقـًا قبله، فيكون إيقاع الطلاق أمس، وإيقاع الطلاق في الماضي لا يتصور، ولكن إيقاع الطلاق في الماضي إيقاعٌ في الحال، كذا في «الجامع الصغير» لشمس الأئمة، وفخر الإسلام، و«الفوائد الظهيريَّة».

قوله: وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ مَا لَمْ أُطَلِّقْكِ، إلى آخره، هاهُنا ثلاث مسائل، في ثنتين على الاتفاق، وفي واحدة على الاختلاف.

ثمَّ كلمة ما، ومتى، ومتى ما في هذه المسائل للوقت بالاتفاق، فمتى سكتَ عن هذا القول فقد وُجد شرط وقوع الطلاق فيقع.

وكلمة (إن) في قوله: إنْ لَمْ أُطَلِّقْكِ، للشرط بالاتفاق، فلذلك لم يجز قرانها بما يتيقن وجوده إذا كان يعرف وقت وجوده، فكان شرط وقوع الطلاق عليها عدم التطليق، ومادام

بِاليَأْسِ عَنِ الحَيَاةِ وَهُوَ الشَّرْطُ كَمَا فِي قَوْلِهِ: إِنْ لَمْ آتِ البَصْرَةَ، وَمَوْتُهَا بِمَنْزِلَةِ مَوْتِهِ هُوَ الصَّحِيحُ. (وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ إِذَا لَمْ أُطَلِّقْكِ، أَوْ إِذَا مَا لَمْ أُطَلِّقْكِ لَمْ تَطْلُقْ حَتَّى يَمُوتَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: تَطْلُقُ حِينَ سَكَتَ) لِأَنَّ كَلِمَةَ إِذَا لِلْوَقْتِ قَالَ اللهُ تَعَالَى ﴿إِذَا الشَّمْسُ كُوِّرَتْ﴾ [التكوير: ١] وَقَالَ قَائِلُهُمْ:

في الإحياء يتوقع منه التطليق.

ثم البَرُّ في هذه المسألة التطليق، والحنث عدم التطليق.

قوله: كَمَا فِي قَوْلِهِ: إِنْ لَمْ آتِ البَصْرَةَ، أي: قال: أنت طالق إن لم آت البصرة، فإنه لا يقع الطلاق حتى يقع اليأس عن الإتيان، فإذا انتهى إلى الموت فقد وقع اليأس، فوجد الشرط والمحل قابل والملك باقٍ فوقعَ، فكذلك هاهُنا.

قوله: وَمَوْتُهَا بِمَنْزِلَةِ مَوْتِهِ، أي: يقع الطلاق قبل موتها أيضاً.

قوله: هُوَ الصَّحِيحُ، احتراز عن رواية النوادر، فإنه قال في النوادر: لا يقع الطلاق بموتها؛ لأن الزوج قادرٌ على الإيقاع، كما إذا قال: إن لم أدخل الدار فأنتِ طالق، يقع الطلاق بموته ولم يقع بموتها؛ لأن بعد موتها يمكن دخول الدار فلا يتحقق اليأس، فلا يقع.

وفي «المبسوط»: ثم إن مات الزوجُ يقع الطلاق عليها، فيتحقق قبل موته بقليل، وليس لذلك القليل حدٌّ معروف، ولكن قُبيل موته يتحقق عجزه عن إيقاع الطلاق عليها فيُتحقق شرط الحنث، فإن كان لم يدخل بها فلا ميراث لها، وإن كان قد دخل بها فلها الميراث بحكم القرار، حين وقع الثلاث عليها بإيقاعه قبيل موته بلا فصل، وإن ماتت المرأة وقع الطلاق أيضاً قبيل موته.

وفي النوادر يقول: لا يقع؛ لأنه قادر على أن يُطلقها ما لم يمت، فإنَّما عجز بموتها، فلو وقع الطلاق لوقع بعد الموت، وهو نظير قوله: إِنْ لَمْ آتِ البَصْرَةَ.

وجه ظاهر الرواية أن الإيقاع من حكمه الوقوع، وقد تحقَّق العجز عن إيقاعه قبيل موتها؛ لأنه لا يعقبه الوقوع، كما لو قال: أنت طالق مع موتك، فيقع الطلاق قبيل موتها

وَإِذَا تَكُونُ كَرِيهَةٌ أُدْعَى لَهَا * وَإِذَا يُحَاسُ الحَيْسُ يُدْعَى جُنْدُبُ

فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ مَتَى وَمَتَى مَا، وَلِهَذَا لَوْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ إِذَا شِئْتِ لَا يَخْرُجُ الأَمْرُ مِنْ يَدِهَا بِالقِيَامِ عَنِ المَجْلِسِ كَمَا فِي قَوْلِهِ مَتَى شِئْتِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ كَلِمَةَ إِذَا تُسْتَعْمَلُ فِي الشَّرْطِ أَيْضًا، قَالَ قَائِلُهُمْ:

بلا فصل، ولا ميراث للزوج؛ لأن الفرقة وقعت بينهما قبل موتها بإيقاع الطلاق عليها.

ثم الفرق بين رواية مسألة الكتاب وبين قوله: أنت طالق إن لم آت البصرة، حيث لا يقع الطلاق بموتها، وفي مسألة الكتاب يقع في ظاهر الرواية، هو أن في مسألة الكتاب يتحقق شرط الوقوع، وهو عدم التطليق في زمان يمكن التطليق، وهو آخر جُزء من أجزاء حياته فتطلق لوجود الشرط، بخلاف قوله: إن لم آت البصرة؛ لأنه لا يتحقق الشرط بموتها؛ لأنه قادرٌ على إتيانه البصرة، فلم يتحقق الشرط فلم يقع الطلاق.

قوله: وَإِذَا تَكُونُ كَرِيهَةٌ، وقبله:

هل في القضِيَّةِ أَنْ إذا اسْتَغْنَيتُمْ * وأَمِنْتُمُ، فأَنَا البَعِيدُ الأَجْنَبُ؟

وإذا الشَّدائِدُ بالشدائِدِ مَرَّةً * أَشْجَتْكُمُ، فأَنا المُحبُّ الأَقربُ؟

وإذا تكونُ كَرِيهَةٌ أُدْعَى لها * وإذا يُحاسُ الحَيْسُ يُدْعَى جُنْدَبُ

الأشجان: الأحزان، الحيس: الخلط، ومنه سُمي الحيس؛ وهو سمنٌ يُخلط بتمر فيه أقط، يقول منه: حاس الحيسُ يحيسه حيساً؛ أي: اتخذه.

قوله: وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهَا تُسْتَعْمَلُ فِي الشَّرْطِ أَيْضًا، بطريق الحقيقة، فإنه اسمٌ مشترك بين الوقت والشرط، فإذا استعمل للشرط سقط عنه معنى الوقت أصلًا، فصار كحرف أن، وهو مذهب أبي حنيفة رحمه الله، وبه قال أهل الكوفة، وأمَّا البصريون يقولون: إذا للوقت، ولكن تستعمل للشرط مجازًا، ولا يسقط به معنى الوقت إذا أريد به الشرط بمنزلة متى، وهو مذهب أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، كذا في «المبسوط».

وَاسْتَغْنِ مَا أَغْنَاكَ رَبُّكَ بِالغِنَى * وَإِذَا تُصِبْكَ خَصَاصَةٌ فَتَجَمَّلِ

فَإِنْ أُرِيدَ بِهِ الشَّرْطُ لَمْ تَطْلُقْ فِي الحَالِ، وَإِنْ أُرِيدَ بِهِ الوَقْتُ تَطْلُقُ فَلَا تَطْلُقُ بِالشَّكِّ وَالِاحْتِمَالِ، بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ المَشِيئَةِ لِأَنَّهُ عَلَى اعْتِبَارِ أَنَّهُ لِلْوَقْتِ لَا يَخْرُجُ الأَمْرُ مِنْ يَدِهَا، وَعَلَى اعْتِبَارِ أَنَّهُ لِلشَّرْطِ يَخْرُجُ وَالأَمْرُ صَارَ فِي يَدِهَا فَلَا يَخْرُجُ بِالشَّكِّ وَالِاحْتِمَالِ، وَهَذَا الخِلَافُ فِيمَا إِذَا لَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ البَتَّةَ، أَمَّا إِذَا نَوَى الوَقْتَ يَقَعُ

قوله: وَاسْتَغْنِ مَا أَغْنَاكَ رَبُّكَ بِالغِنَى، وقبله:

أُبُنَـيَّ إنَّ أبـاكَ كـارِبُ يـومـهِ * فإذا دُعيتَ إلى المكارمِ فاعْجَلِ
أوصيكَ إيصاءَ امرئٍ لَكَ ناصِحٍ * طَبِنٍ بريـبِ الدَّهرِ غيرِ مُغَفَّـلِ
وَاستَغنِ ما أَغناكَ رَبُّـكَ بِالغِنى * وَإِذا تُصِـبكَ خَصاصَةٌ فَتَجَمَّـلِ

كرب الشيء إذ دنا، غير معقل، من عقلت الإبل بالعقال، شدَّة للكثرة والمبالغة، التجمّل التستّر، وقيل: هو الاكتفاء بالجميل، وهو الشحم المذاب، يُوصي الأبُ ابنه بنصايح، يقول: إن أباك قريب يوم موته، فاعمل بنصيحتي، فإن عقلي بصروف الدَّهر عالم بِها غير ممنوعٌ عن العلم بها، فمن نصايحي هو أن تتعفف عن المسألة، ورفع الحاجة إلى الغير مادام إعفاف الله باقياً فيك، وأمَّا إذا أصابك فقر تكلّف بالصَّبر على الفعل الجميل، أو أكل الجميل وهو الشحم المذاب تعففاً.

قوله: فَإِنْ أُرِيدَ بِهِ الشَّرْطُ لَمْ تَطْلُقْ ... وَإِنْ أُرِيدَ بِهِ الوَقْتُ تَطْلُقُ - في الحال - فَلَا تَطْلُقُ بِالشَّكِّ، فإن قيل: بالنظر إلى هذه النكتة ينبغي أن يقال بوقوع الطلاق؛ لأنه لمَّا تعارض معنى الشرط مع معنى الوقت يرجح دليل الحرمة، وهو دليل الوقوع فيقع الطلاق حينئذٍ.

قلنا: هذا متروك بجميع صُور الترديد، وإن كان تغليب جانب الحرمة موجودًا، فإنه إذا شكَّ في انتقاض طهارته، وقد كانت قبله يقيناً فإنه لم يقل فيه بالانتقاض، مع أن في الانتقاض تغليب جانب الحرمة، والصلاة يُراعى فيها جانب الاحتياط؛ لِمَا أنَّ الشك

فِي الحَالِ وَلَوْ نَوَى الشَّرْطَ يَقَعُ فِي آخِرِ العُمُرِ لِأَنَّ اللَّفْظَ يَحْتَمِلُهُمَا.

(وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ مَا لَمْ أُطَلِّقْكِ أَنْتِ طَالِقٌ فَهِيَ طَالِقٌ بِهَذِهِ التَّطْلِيقَةِ) مَعْنَاهُ قَالَ ذَلِكَ مَوْصُولًا بِهِ، وَالقِيَاسُ أَنْ يَقَعَ المُضَافُ فَيَقَعَانِ إِنْ كَانَتْ مَدْخُولًا بِهَا، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّهُ وُجِدَ زَمَانٌ لَمْ يُطَلِّقْهَا فِيهِ وَإِنْ قَلَّ وَهُوَ زَمَانُ قَوْلِهِ أَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَ أَنْ يَفْرُغَ مِنْهَا، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ زَمَانَ البِرِّ مُسْتَثْنًى عَنِ اليَمِينِ بِدَلَالَةِ

لا يزيل اليقين، فهاهُنا كذلك.

ولا يلزمُ على هذا قوله: أنت طالق حين لم أطلقك، أنه يقع للحال، وإن اختلف استعمال هذه الكلمة في المدَّة بين مديد وقصير؛ لأنه متى ذكر بكلمة لم كان ذلك مضافاً إلى الماضي، فجُعل ذلك إيقاعاً للحال، ولو قال: حين لا أطلقك لم يقع؛ إلا بمضي ستَّة أشهر؛ لأنه لا تدخل في المستقبل، يقال لا أفعل كذا، والحين يُذكر ويُراد به الأبد، ويذكر ويُراد به الساعة، ويذكر ويُراد به ستة أشهر، والأبد والساعة غير مراد عرفاً، فيتعيَّن الوسط، كذا ذكره الإمام الكشاني، وقاضى خان رحمهما الله.

قوله: مَعْنَاهُ قَالَ ذَلِكَ مَوْصُولًا، وأمَّا إذا قال مفصولًا، فيقعان قياساً واستحسانًا؛ لأنه وجد الزمان الخالي عن التطليق.

وكذا لو قال: أنت طالق ثلاثاً ما لم أُطلّقك، أنت طالق موصولًا، تقع واحدة ولا تقع الثلاث؛ لأن الثلاث مضاف إلى الزمان الخالي عن التطليق، ولم يُوجد ذلك الزمان في ما إذا طلقها موصولًا، وعلى قول زفر رحمه الله يقع الثلاث.

قوله: وَالقِيَاسُ أَنْ يَقَعَ المُضَافُ - أي: المضاف أيضاً مع المنجز - فَيَقَعَانِ، وفي «المنتقى»: لو قال لها: إذا طلقتك فأنت طالق، وإذا لم أطلقك فأنت طالق، فماتَ قبل أن يطلق يقع عليها طلاقان؛ لأنه لما مات قبل التطليق صار حانثاً في اليمين الثانية، فيقع عليه الطلاق باليمين الثانية، وهذا الطلاق يصلح شرطاً في اليمين الأولى؛ لأنه وقع بكلام وُجد بعد اليمين الأولى، فيحنث في اليمينين جميعاً فيقع عليها طلاقان، ولو قال: إذا لم أطلقك

الحَالِ لِأَنَّ البِرَّ هُوَ المَقْصُودُ، وَلَا يُمْكِنُهُ تَحْقِيقُ البِرِّ إِلَّا أَنْ يَجْعَلَ هَذَا القَدْرَ مُسْتَثْنًى، أَصْلُهُ مَنْ حَلَفَ لا يَسْكُنُ هَذِهِ الدَّارَ فَاشْتَغَلَ بِالنَّقْلَةِ مِنْ سَاعَتِهِ وَأَخَوَاتُهُ عَلَى مَا يَأْتِيكَ فِي الأَيْمَانِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى.

(وَمَنْ قَالَ لِامْرَأَةٍ: يَوْمَ أَتَزَوَّجُكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَتَزَوَّجَهَا لَيْلًا طَلُقَتْ) لِأَنَّ اليَوْمَ يُذْكَرُ وَيُرَادُ بِهِ بَيَاضُ النَّهَارِ فَيُحْمَلَ عَلَيْهِ إِذَا قُرِنَ بِفِعْلٍ يَمْتَدُّ كَالصَّوْمِ وَالأَمْرِ بِاليَدِ لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ المِعْيَارُ، وَهَذَا الَيقُ بِهِ، وَيُذْكَرُ وَيُرَادُ بِهِ مُطْلَقُ الوَقْتِ قَالَ اللهُ تَعَالَى ﴿وَمَنْ يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُ﴾ [الأنفال: ١٦] وَالمُرَادُ بِهِ مُطْلَقُ الوَقْتِ فَيُحْمَلُ عَلَيْهِ إِذَا قُرِنَ بِفِعْلٍ

فأنت طالق، وإذا طلقتك فأنت طالق، فماتَ قبل أن يطلق تقع تطليقةً واحدةً؛ لأنه لمَّا مات قبل التطليق صار حانثًا في اليمين الأولى فيقع الطلاق، وهذا الطلاق لا يصلح شرطًا في اليمين الثانية؛ لأنه وقع بكلام وُجد قبل اليمين الثانية، والشروط تراعى في المستقبل لا في الماضي، كذا ذكره في «المنتقى»، ولم يُذكر فيه خلافًا.

وعلى قياس قولهما ينبغي أن لا ينتظر الموت، بل كلما سكتَ يحنث في قوله: إذا لم أطلقك فأنت طالق، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله.

قوله: وَأَخَوَاتُهُ، وهو قوله: حَلَفَ لا يَلْبَسُ هَذَا الثَّوْبَ وَهُوَ لابِسُهُ، أو: لا يَرْكَبُ هَذِهِ الدَّابَّةَ وَهُوَ رَاكِبُهَا... فَنَزَعَهُ فِي الحَالِ، ونزل عنها لا يحنث؛ وإن كان اللبس القليل يوجد وقت اشتغاله بالنزع والنزول.

قوله: فَيُحْمَلَ عَلَيْهِ إِذَا قُرِنَ بِفِعْلٍ يَمْتَدُّ كَالصَّوْمِ وَالأَمْرِ بِاليَدِ، حتى إذا قال: أنت طالق إذا صمتِ يومًا، طلقت في اليوم الذي تصوم حين تغيب الشمس، ولو قال: أمرك بيدك يوم يقدم فلان، فقدم فلانًا نهارًا، فلم تعلم به حتى جَن الليل قال: لا خيار لها؛ لأن الأمر باليد ممَّا يمتد فحُمل على بياض النهار، فإذا لم تعلم حتى مضى فإنَّما وقع العلم بعد انقضاء الأمر، فلم يبق الأمرُ في يدها على ما يجيء.

لا يَمْتَدُّ وَالطَّلَاقُ مِنْ هَذَا القَبِيلِ فَيَنْتَظِمُ اللَّيْلَ وَالنَّهَارَ، وَلَوْ قَالَ: عَنَيْتُ بِهِ بَيَاضَ النَّهَارِ خَاصَّةً دِينَ فِي القَضَاءِ لِأَنَّهُ نَوَى حَقِيقَةَ كَلَامِهِ وَاللَّيْلُ لا يَتَنَاوَلُ إِلَّا السَّوَادَ

قوله: وَالطَّلَاقُ مِنْ هَذَا القَبِيلِ، هكذا وقع في عامة النسخ، ولكن الصحيح من النسخ: وَالتَّزَوُّجُ مِنْ هَذَا القَبِيلِ؛ لوجوه:

أحدها: أنه هكذا وجدتُ مصححاً بخط شيخي رحمه الله وغيره.

والثاني: أنه اعتبر في الكتاب في وزان هذه المسألة فعل الشرط لا فعل الجزاء، فقال في باب اليمين في الكلام من كتاب الأيمان من هذا الكتاب، فقال: وَلَوْ قَالَ يَوْمَ أُكَلِّمُ فُلَانًا فَامْرَأَتُهُ طَالِقٌ فَهُوَ عَلَى اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ، إلى أن قال: وَالكَلَامُ لا يَمْتَدُّ، ولم يقل: والطلاق لا يمتد، وإن كان حكمهما واحدًا.

والثالث: أن ذكر الفعل إنما يستقيم من غير تأويل في أتزوّجك، لا في أنت طالق.

والرابع: أن ذكر القِران في **قوله:** إِذَا قُرِنَ بِفِعْلٍ، يدل على أن المراد به التزويج لا الطلاق؛ لأن المقارنة بين اليوم والتزويج أكثر من المقارنة بين اليوم والطلاق؛ لأن اليوم والتزويج يقترنان على وجه الإضافة، والمضاف مع المضاف إليه كشيءٍ واحد.

فإن قلتَ: يشكل على هذا ما إذا قال: والله لا أكلم فلاناً اليوم ولا غدًا ولا بعد غد، فله أن يكلمه بالليل، ولا يحنث مع أن الكلام فعل غير ممتد على ما ذكرتَ من رواية الكتاب، وقد اقترن باليوم فلم يحمل على مطلق الوقت.

وكذلك لو قال: لا يكلمه في كل يوم، لا يدخل الليلة، حتى لو كلمه ليلًا لا يحنث، والمسألتان في «تتمّة الفتاوى».

قلتُ: أمّا في المسألة الأولى: فقد أريد النهار باليوم، بدلالة إعادة حرف النفي عند ذكر الغد، وإلا لا يكون لذكر حرف النفي فائدة، حتى لو لم يعد وقال: والله لا أكلمه اليوم وغدًا وبعد غد، تدخل الليلة، فصار بمنزلة قوله: لا أكلمه ثلاثة أيام.

وأمّا في المسألة الثانية فذكر كلمة (في) لتحديد الكلام على ما ذكرنا في قوله: أنت طالق

وَالنَّهَارُ يَتَنَاوَلُ البَيَاضَ خَاصَّةً وَهَذَا هُوَ اللُّغَةُ.

في كل يوم، والتحديد إنما يتحقق إن لو لم يتناول ذكر اليوم لمطلق الوقت؛ لأنه حينئذٍ يكون للاستمرار لا للتحديد، ألا ترى أنه لو قال: لا أكلمه كل يوم دخلت الليلة، حتى لو كلمه ليلًا أو نهارًا يحنث في يمينه، إلى هذا أشار في «الذخيرة».

فإن قلتَ: ما تقول في **قوله:** أَمْرُكِ بِيَدِكِ يَوْمَ يَقْدَمُ فُلَانٌ، واليوم هناك محمول على بياض النهار، مع أن الأوجُه الثلاثة التي ذكرتها تقتضي أن يكون المرادُ من الفعل المقرون فعل القدوم، فحينئذٍ يجب أن يكون المراد من اليوم مطلق الوقت، فيدخل فيه الليل والنهار.

قلتُ: الجواب عنه من وجهين:

أحدهما: أن المقصود من ذكر الشرط والجزاء الجزاء، **وقوله:** يَوْمَ يَقْدَمُ، في معنى الشرط، وإن لم يكن حرف الشرط مذكورًا، والأمر باليد جزاؤه وهو ممتد، فحمل اليوم على بياض النهار نظرًا إلى جانب الجزء الذي هو المقصود، بخلاف ما ذكرنا من الأوجه الثلاثة في مسألة التزوّج والكلام، فإن كلًّا من فعلي الشرط والجزاء فعل غير ممتد، فاعتبر جانب الأوجه الثلاثة هناك لذلك.

والثانِي: أن اليوم في أصله موضوع لبياض النهار، ولهذا يُذكر عند مقابلة الليل، ويقال يوم وليلة، ويترجم بالفارسية اليوم: (روز)، وفعل الشرط مع جزأيه بمنزلة كلامٍ واحد، ليتعلق كل منهما بالآخر، ولمَّا كان كذلك ووُجد فعل ممتد، وهو الأمر باليد مع ذكر اليوم في كلام واحد، يرجح جانبُ الوضع الأصلي لليوم، وهو بياض النهار؛ لمَا أن الأصل يُراعى جانبه مهما أمكن، وقد أمكن هنا للوجه الذي ذكرنا، فلذلك حُمل اليوم على بياض النهار، والله تعالى أعلم.

(فصل)

(وَمَنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَنَا مِنْكِ طَالِقٌ فَلَيْسَ بِشَيْءٍ وَإِنْ نَوَى طَلَاقًا، وَلَوْ قَالَ: أَنَا مِنْكِ بَائِنٌ أَوْ أَنَا عَلَيْكِ حَرَامٌ يَنْوِي الطَّلَاقَ فَهِيَ طَالِقٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَقَعُ الطَّلَاقُ فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ أَيْضًا إِذَا نَوَى، لِأَنَّ مِلْكَ النِّكَاحِ مُشْتَرَكٌ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ حَتَّى مَلَكَتِ المُطَالَبَةَ

فصلٌ في إضافة الطلاق إلى النساء

قوله: مِلْكَ النِّكَاحِ مُشْتَرَكٌ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ، حتى سُمِّيا متناكحين، ويُبدأ في النكاح بذكر كل واحد منهما، وينتهي النكاح بموت كل واحد منهما، حتى يرث كل واحد منهما صاحبُه، وحُجَّتنا في ذلك ما رُوي أن امرأةً قالت لزوجها: لو كان إليَّ ما إليك لرأيتَ ما أصنع، فقال: جعلتُ إليك ما إليَّ، فقالت: طلقتك، فرفع ذلك إلى ابن عباسٍ رضي الله عنهما، فقال: خطأ الله نوءها، هلَّا قالت: طلقتُ نفسي منك، ورُوي: خَطأ اللهُ نوءها، من الخطيطة، وهي أرض لم تمطر بين أرضين مُمطرتين، ففعيلة بمعنى مفعولة؛ أي: جُعلت كالمخطوطة بخط ظاهر بينهما.

والنَّواء: جمع أنواء، وهي: كواكب تستمطر بها العرب، فقول ابن عباس رضي الله عنهما: خطأ الله نوءها، أي: جُعل هذا النوء لا يُصيب أرضها، شبَّه تفويض الرجل التطليق إليها بالنوء الذي يُستمطر به، وشبَّه بطلان ذلك بتطليقها زوجها بالمطر الذي ينزل ولا يُصيب أرضها، بل يتعدَّاها، وخطأ الشيخ الإمام نجم الدين عُمر النسفي رحمه الله خطأ، وصوَّبه صاحب «الفائق»، كذا في «الفوائد الظهيريَّة» وغيرها.

وذكر في «المغرب»: في حديث ابن عباسٍ رضي الله عنهما: «خطَّأ الله نوءَها ألا طلقت

بِالوَطْءِ كَمَا يَمْلِكُ هُوَ المُطَالَبَةَ بِالتَّمْكِينِ، وَكَذَا الحِلُّ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا وَالطَّلَاقُ وُضِعَ لِإِزَالَتِهِمَا فَيَصِحُّ مُضَافًا إِلَيْهِ كَمَا صَحَّ مُضَافًا كَمَا فِي الإِبَانَةِ وَالتَّحْرِيمِ، وَلَنَا أَنَّ الطَّلَاقَ لِإِزَالَةِ القَيْدِ وَهُوَ فِيهَا دُونَ الزَّوْجِ، أَلَا تَرَى أَنَّهَا هِيَ المَمْنُوعَةُ عَنِ التَّزَوُّجِ وَالخُرُوجِ وَلَوْ كَانَ لِإِزَالَةِ المِلْكِ فَهُوَ عَلَيْهَا لِأَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ وَالزَّوْجَ مَالِكٌ وَلِهَذَا سُمِّيَتْ مَنْكُوحَةً بِخِلَافِ الإِبَانَةِ لِأَنَّهَا لِإِزَالَةِ الوَصْلَةِ وَهِيَ مُشْتَرَكَةٌ

نفسها» أي: جعله مخطئاً لا يُصيبها مطره، وهذا إنكار لفعلها، ويقال لمن طلب الحاجة فلم ينجح: أخطأ نوءك، ويُروى خطًا، بالألف اللينة من الخطيطة، وهي الأرض التي لم تمطر، وأصله خطط فقلبت الطاء الثالثة ياءً، كما في التَّظَنِّي، وأمَّا حط فلم يصح.

ولأن معنى الطلاق هو الإطلاق والإرسال، وقيد الملك في جانبها لا في جانبه، ألا ترى أنَّها لا تتزوج بغيره، والزَّوج يتزوج بغيرها، فلا يتحقق الإرسال في جانبه، ولهذا يكون الوقوع عليها لا عليه، وإنما هُو مطلق لها كما يكون المولى معتقاً لعبده، ولو قال: أنا حُرّ منك لم يعتق العبد فكذلك الطلاق.

وبه فارق لفظي البينونة والحرمة؛ ولأن البينونة قطعٌ للوُصلة والوُصلة بينهما، ألا ترى أنه يُقال: بانَ عنها وبانَتْ عنه.

وكذلك الحرمة، والذي يقول: الملك مشتركٌ، كلامٌ لا معنى له، بل الملكُ للزوج عليها خاصَّةً، حتى يتزوج المسلم الكتابيَّة ولا يتزوج الكتابي المسلمة.

وما ثبت لها بالنكاح ملك المهر والنفقة فذلك لا يقبل الطلاق، وما ثبت له عليها ملك الحل، وهو الملك الأصلي الذي يُقابله البدل، والطلاق مشروعٌ لرفعه، وإنما يرفع الشيء عن المحل الوارد عليه دون غيره، ثمَّ الملك الذي يثبت في جانبها تبعٌ للملك الثابت للزوج عليها، وما يكون تبعاً في النكاح لا يكون محلًّا لإضافة الطلاق إليه عند تأكيدها ورجلها، كذا في «المبسوط».

قوله: بِخِلَافِ الإِبَانَةِ؛ لِأَنَّهَا لِإِزَالَةِ الوَصْلَةِ وَهِيَ مُشْتَرَكَةٌ، فإن قيل: لو كان الزَّوج

بَيْنَهُمَا بِخِلَافِ التَّحْرِيمِ لِأَنَّهُ لِإِزَالَةِ الحِلِّ وَهُوَ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا فَصَحَّتْ إِضَافَتُهُمَا إِلَيْهِمَا وَلَا تَصِحُّ إِضَافَةُ الطَّلَاقِ إِلَّا إِلَيْهَا.

(وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً أَوْ لا فَلَيْسَ بِشَيْءٍ) قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: هَكَذَا ذَكَرَ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ مِنْ غَيْرِ خِلَافٍ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ آخِرًا، وَعَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ أَوَّلًا تَطْلُقُ وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً، ذَكَرَ قَوْلَ مُحَمَّدٍ فِي كِتَابِ الطَّلَاقِ فِيمَا إِذَا قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً أَوْ لا شَيْءَ، وَلا فَرْقَ بَيْنَ المَسْأَلَتَيْنِ،

والمرأة في الإبانة مشتركين، لا يجد حكم الإبانة في حق الإضافة إليهما فلم يتحد، بل اختلف، ألا ترى أنه إذا قال لامرأته: أنا بائن، يعني: منك، ولم يقل: منك، لا يقع شيء، وإن عنى به الطلاق، وكذلك لو قال: أنا حرام، ولم يقل عليك، بخلاف ما لو قال: أنت بائن، أو أنت حرام، ونوى به الطلاق يقع الطلاق، وإن لم يقل مني.

قلنا: الفرق بينهما إنما نشأ هاهُنا من وجه آخر، وهو أنَّ البينونة قطعُ الوصلة المشتركة، ولا وُصلة في حقها إلا التي بينها وبينه؛ إذ لا يتصور على المرأة نكاحان، فعند إضافة البينونة إليها يتعين الوصلة التي بينهما، وإن لم يضف إلى نفسه، وأمَّا في جانبه فالوُصلة تتحقق بينه وبين غيرها مع قيام الوصلة بينه وبينها، فإذا قال: أنا بائن، لا يتعيَّن بهذا اللفظ الوصلة التي بينهما لتعدّدها ما لم يقل منك، وكذلك في لفظ الحرمة، فإنها لا تحل إلا له خاصة.

بخلاف جانبه، فإنه يحل لها ولغيرها مع قيامها، فعُلم بهذا إنَّما نشأ اقتران تلك الإضافة من جهة اختصاص وُصلة المرأة وعدم اختصاص وصلة الزوج، ولكن الوُصلة بينهما ثابتة على وجه الكمال، فصحَّ إضافة البينونة إلى كل واحد منهما، ولكن على وجهٍ يُعلم بها إرادة الوصلة القائمة بينهما، إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: وَلا فَرْقَ بَيْنَ المَسْأَلَتَيْنِ، إحداهما: **قوله:** أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً أَوْ لا، والثانية: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً أَوْ لا شَيْءَ، أي: لا فرق في حق التشكيك في الإيقاع أو في حق الوضع.

وَلَوْ كَانَ المَذْكُورُ هَاهُنَا قَوْلَ الكُلِّ فَعَنْ مُحَمَّدٍ رِوَايَتَانِ، لَهُ أَنَّهُ أَدْخَلَ الشَّكَّ فِي الوَاحِدَةِ لِدُخُولِ كَلِمَةِ «أَوْ» بَيْنَهَا وَبَيْنَ النَّفْيِ فَيَسْقُطَ اعْتِبَارُ الوَاحِدَةِ وَيَبْقَى قَوْلُهُ أَنْتِ طَالِقٌ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ أَنْتِ طَالِقٌ أَوْلا لِأَنَّهُ أَدْخَلَ الشَّكَّ فِي أَصْلِ الإِيقَاعِ فَلَا يَقَعُ، وَلَهُمَا أَنَّ الوَصْفَ مَتَى قُرِنَ بِالعَدَدِ كَانَ الوُقُوعُ بِذِكْرِ العَدَدِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ قَالَ لِغَيْرِ المَدْخُولِ بِهَا: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا تَطْلُقُ ثَلَاثًا، وَلَوْ كَانَ الوُقُوعُ بِالوَصْفِ لَلَغَا ذِكْرُ

قوله: وَلَوْ كَانَ المَذْكُورُ هَاهُنَا - أي: في «الجامع الصغير» - قَوْلَ الكُلِّ، فَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ رِوَايَتَانِ؛ لأنه لم يذكر الخلاف في وضع «الجامع الصغير» في أنه شيء، وكان عند محمد رحمه الله أيضاً لا يقع شيءٌ.

ثم ذكر قول محمد رحمه الله في طلاق «المبسوط»: بأن عنده تطلق واحدة رجعيَّة في قوله: أنت طالق واحدة أو لا شيءَ، ولا تفاوت بين هذا الوضع وبين وضع «الجامع الصغير» بقوله: أنت طالق واحدة أولًا، فلما اتحد الوضعان فذكر في أحدهما أن الجواب قول الكل في أنه لا يقع، وفي الآخر ذكر أن في قول محمد تقع واحدة رجعيَّة، يلزم من ذلك ضرورة وُرود الروايتين عن محمد رحمه الله، أمَّا لو قال لها: أنت طالق أولًا بدون ذكر الواحدة، أو قال: لا شيء، أو قال: أنتِ طالق أو غير طالق، لا يقع شيء عند الكل.

قوله: لَهُ، أي: لمحمد رحمه الله.

قوله: وَلَهُمَا - أي: لأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله - أَنَّ الوَصْفَ مَتَى قُرِنَ - أي قوله: أنت طالق - مَتَى قُرِنَ بِالعَدَدِ، أي: بالواحدة، أو بالثنتين، أو بالثلاث، وإنَّما أطلق اسم العدد على الواحدة؛ لما أنَّها أصل العدد، يعني أن الوصف متى قرن بالعدد كان الكل كلاماً واحدًا في الإيقاع، فحينئذٍ كان الشك الداخل في الواحدة داخلًا في الإيقاع، فحينئذٍ يصيرُ نظير قوله: أنت طالق أولًا، وهناك لا يقع شيء بالإجماع، فكذا هاهُنا، والدليل على أن الشك إذا دخل في الواحدة كان كأنه دخل في قوله: أنت طالق، مسائل ثلاث:

الثَّلَاثِ، وَهَذَا لِأَنَّ الوَاقِعَ فِي الحَقِيقَةِ إِنَّمَا هُوَ المَنْعُوتُ المَحْذُوفُ مَعْنَاهُ أَنْتِ طَالِقٌ تَطْلِيقَةً وَاحِدَةً عَلَى مَا مَرَّ، وَإِذَا كَانَ الوَاقِعُ مَا كَانَ العَدَدُ نَعْتًا لَهُ كَانَ الشَّكُّ دَاخِلًا فِي أَصْلِ الإِيقَاعِ فَلَا يَقَعُ شَيْءٌ.

(وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ مَعَ مَوْتِي أَوْ مَعَ مَوْتِكِ فَلَيْسَ بِشَيْءٍ) لِأَنَّهُ أَضَافَ الطَّلَاقَ إِلَى حَالَةٍ مُنَافِيَةٍ لَهُ لِأَنَّ مَوْتَهُ يُنَافِي الأَهْلِيَّةَ وَمَوْتَهَا يُنَافِي المَحَلِّيَّةَ وَلَا بُدَّ مِنْهُمَا.

(وَإِذَا مَلَكَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ أَوْ شِقْصًا مِنْهَا أَوْ مَلَكَتِ المَرْأَةُ زَوْجَهَا أَوْ شِقْصًا مِنْهُ

إحداها: ما ذكر في الكتاب، وهو أنه لو قال لغير المدخول بها: أنت طالق ثلاثـًا، يقع الثلاث، ولو كان الوقوع بقوله: أنت طالق لَما وقع الثلاث.

والثانية: أنه لو قال لامرأته: أنت طالق واحدةً إن شاء الله لا يقع شيء، فلو كان الوقوع بقوله: أنت طالق، لكان قوله: واحدةً، فاصلًا بين الاستثناء والواقع، فلا يعمل الاستثناء.

والثالثة: أنه لو قال لها: أنت طالق واحدة، أو قال: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا، فصادفها قوله: أنت طالق وهي حيَّة، وصادفها العدد وهي ميتة لا يقع شيء، فلو كان الوقوع بقوله: أنت طالق لوقع الطلاق، وثمرة ذلك تظهر في غير المدخول بها، حتَّى لو كانت مطلقة يجب نصف المسمى، ولو لم تكن مطلقة يجب جميع المسمَّى، ويظهر أيضـًا في حق من حلف أنه لا يطلق امرأته.

قولـه: فَلَيْسَ بِشَيْءٍ، أي: لا يقع شيء؛ لأن معنى قولـه: مَعَ مَوْتِي، أي بعد موتِي، ألا ترى أنه لو قال: أنت طالق مع دخولك الدار، فإن الدخول يصير شرطـًا، ولا تطلق إلا بعد الدخول، فكذلك هاهُنا لو وقع الطلاق بهذا اللفظ إنَّما يقع بعد موته أو بعد موتها، فلا نكاح بينهما بعد موت أحدهما.

ولأن (مع) للمقارنة، وحال موت أحدهما حال ارتفاع النكاح، والطلاق لا يقع إلا في حال استقرار النكاح، فإذا كان الإيقاعُ يقترن بالموت كان الوقوع بعده؛ لأن الوقوع حكم الإيقاع، والحكم يعقب السبب ولا يقترنُ به، كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي رحمه الله

وَقَعَتِ الفُرْقَةُ) لِلْمُنَافَاةِ بَيْنَ المِلْكَيْنِ، أَمَّا مِلْكُهَا إِيَّاهُ فَلِلْاجْتِمَاعِ بَيْنَ المَالِكِيَّةِ وَالمَمْلُوكِيَّة، وَأَمَّا مِلْكُهُ إِيَّاهَا فَلِأَنَّ مِلْكَ النِّكَاحِ ضَرُورِيٌّ وَلا ضَرُورَةَ مَعَ قِيَامِ مِلْكِ اليَمِينِ فَيَنْتَفِي النِّكَاحُ.

(وَلَوِ اشْتَرَاهَا ثُمَّ طَلَّقَهَا لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ) لِأَنَّ الطَّلَاقَ يَسْتَدْعِي قِيَامَ النِّكَاحِ، وَلا بَقَاءَ لَهُ مَعَ المُنَافِي لا مِنْ وَجْهٍ وَلا مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، وَكَذَا إِذَا مَلَكَتْهُ أَوْ شِقْصًا مِنْهُ لا يَقَعُ الطَّلَاقُ لِمَا قُلْنَا مِنَ المُنَافَاةِ، وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَقَعُ لِأَنَّ العِدَّةَ وَاجِبَةٌ، بِخِلَافِ الفَصْلِ

في «الجامع الصغير».

قوله: وَأَمَّا مِلْكُهُ إِيَّاهَا فَلِأَنَّ مِلْكَ النِّكَاحِ ضَرُورِيٌّ؛ لأن إثبات الملك على الحرة ثابت على خلاف القياس، ولمَّا طرأ عليه ملك اليمين وهو الحِل القوي ينتفي الحل الضعيف.

فإن قيل: هذا مسلم فيما إذا ملك الزوج جميع منكوحته بملك اليمين، وأمَّا إذا ملك شقصاً منها فلا يثبت الحل بملك الشقص، فينبغي أن لا ينتفي الحل الثابت بينهما نكاحًا؛ لأنه لم يطرأ عليه لا حل قوي ولا ضعيف.

قلنا: ملك اليمين دليل على الحل، فقام دليل الحل مقام الحل تيسيرًا، فعلى هذا ينبغي أن يبطل نكاحُ المكاتب أيضاً إذا اشترى منكوحته؛ لورود دليل الحل القوي على الضعيف، ومع ذلك لا يبطل، ذكره في «المبسوط»، لأن الثابت له في كسبه حق الملك، وحق الملك لا يمنع بقاء النكاح.

ولأن ملك اليمين لا يثبت للمكاتب، إنما يثبت له ملك التصرف؛ لأن قيام الرقِّ يمنعُه عن ذلك، والمكاتب عبدٌ ما بقي عليه درهم، فلم يبطل نكاحه لذلك؛ لأنه لا عدة هنالك، أي: في حق مولاها الذي كان زوجها؛ أي: لا يظهر أثر عدتِها في حقه بدليل حل وطئها، وأمَّا العدَّة فواجبة في نفسها، حتى أنه لو أعتقها ليس لها أن تتزوج بزوج بآخر قبل انقضاء عدَّتِها، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

الأَوَّلِ لِأَنَّهُ لا عِدَّةَ هُنَاكَ حَتَّى حَلَّ وَطْؤُهَا لَهُ.

(وَلَوْ قَالَ لَهَا وَهِيَ أَمَةٌ لِغَيْرِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ ثِنْتَيْنِ مَعَ عِتْقِ مَوْلاكِ إِيَّاكِ فَأَعْتَقَهَا مَوْلاهَا مَلَكَ الزَّوْجُ الرَّجْعَةَ) لِأَنَّهُ عَلَّقَ التَّطْلِيقَ بِالإِعْتَاقِ أَوِ العِتْقِ لِأَنَّ اللَّفْظَ يَنْتَظِمُهُمَا وَالشَّرْطُ مَا يَكُونُ مَعْدُومًا عَلَى خَطَرِ الوُجُودِ وَلِلْحُكْمِ تَعَلُّقٌ بِهِ وَالمَذْكُورُ بِهَذِهِ الصِّفَةِ وَالمُعَلَّقُ بِهِ التَّطْلِيقُ لِأَنَّ فِي التَّعْلِيقَاتِ يَصِيرُ التَّصَرُّفُ تَطْلِيقًا عِنْدَ الشَّرْطِ عِنْدَنَا، وَإِذَا كَانَ التَّطْلِيقُ مُعَلَّقًا بِالإِعْتَاقِ أَوِ العِتْقِ يُوجَدُ بَعْدَهُ ثُمَّ الطَّلَاقُ يُوجَدُ بَعْدَ التَّطْلِيقِ فَيَكُونَ الطَّلَاقُ مُتَأَخِّرًا عَنِ العِتْقِ فَيُصَادِفُهَا وَهِيَ حُرَّةٌ فَلَا تَحْرُمُ حُرْمَةً

قوله: وَلَوْ قَالَ لَهَا وَهِيَ أَمَةٌ لِغَيْرِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ ثِنْتَيْنِ مَعَ عِتْقِ مَوْلاكِ إِيَّاكِ، أراد به الإعتاق واستعار الحكم عن علته، ألا ترى إلى **قوله:** إِيَّاكِ، ولا يُستعمل ذلك إلا فيما يتعدَّى من الفعل، كذا ذكره فخر الإسلام رحمه الله في «الجامع الصغير».

قوله: لِأَنَّ اللَّفْظَ يَنْتَظِمُهُمَا؛ أي: لفظ العتق يحتمل الإعتاق والعتق على طريق البدلية، والإعتاق على طريق الاستعارة؛ لما أن العتق لا يتصور بدون الإعتاق، فكأنه ذكر الحكم وأراد علته، والعتق على طريق الحقيقة؛ لأنه هو الملفوظ، فكان معنى الانتظام هاهُنا حينئذٍ احتمال التناول على طريق البدلية؛ لما عُرف أن الفظ الواحد لا ينتظم الحقيقة والمجاز معًا.

قوله: وَالمَذْكُورُ بِهَذِهِ الصِّفَةِ - أي: العتق - يَكُونُ مَعْدُومًا عَلَى خَطَرِ الوُجُودِ، أي متردد الوجود.

قوله: وَلِلْحُكْمِ - وهو الطلاق - تَعَلُّقٌ بِهِ، أي: بذلك المذكور وهو العتق، فكان العتق شرطـًا ووقوع الطلاق مشروطـًا، فلمَّا كان كذلك كان وقوع الطلاق بعد وقوع العتق؛ لما أن المشروط يتعقَّب الشرط، فصار كأنه قال: إن أعتقك مولاك فأنت طالق ثنتين.

وإنما جعل (مع) هاهُنا للشرط؛ لما أنه ليس بحكم للقران، بل يجيء لمعنى البعديَّة والتعقيب.

غَلِيظَةً بِالثِّنْتَيْنِ، بَقِيَ شَيْءٌ وَهُوَ أَنَّ كَلِمَةَ «مَعَ» لِلْقِرَانِ، قُلْنَا: قَدْ تُذْكَرُ لِلتَّأَخُّرِ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَإِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا﴾ [الشرح: ٥] ﴿إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا﴾ [الشرح: ٦] فَتُحْمَلَ عَلَيْهِ بِدَلِيلِ مَا ذَكَرْنَا مِنْ مَعْنَى الشَّرْطِ.

(وَلَوْ قَالَ: إِذَا جَاءَ غَدٌ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثِنْتَيْنِ وَقَالَ الْمَوْلَى: إِذَا جَاءَ غَدٌ فَأَنْتِ حُرَّةٌ فَجَاءَ الغَدُ لَمْ تَحِلَّ لَهُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ وَعِدَّتُهَا ثَلَاثُ حِيَضٍ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي

قوله: كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَإِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا * إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا﴾، أي: بعد العسر؛ لأنَّهما متضادان فلا يجتمعان.

وقوله تعالى: ﴿وَأَسْلَمْتُ مَعَ سُلَيْمَٰنَ﴾ [النمل: ٤٤]، أي: بعده، وهذا الحدُّ الذي ذكره للشرط موجود هاهُنا، وهو محكم للشرط لا يحتمل غيره، فحُمل المحتمل على المحكم؛ فلمَّا كان هو بمعنى الشرط للوجه الذي ذكرنا، والمشروط يُوجد بعد وجود الشَّرط، وهاهُنا الشرط هو العتق، والطلاق هو المشروط؛ لأن وجود الطلاق يتعلق بوجود العتق؛ فكان طلاق الثنتين مُصادفـاً إيَّاها وهي حرة، فيملك الرجعة لذلك.

فإن قيل: يجب على هذا أن يصح قوله: أنت طالق مع نكاحك، بمعنى: إن أنكحتك فأنت طالق، ولِمَ يصح ذلك؟

قلنا: العدول عن حقيقة معنى القران في (مع) فيما نحن فيه بصدده باعتبار أنه مالكٌ لإنشاء الطلاق تنجيزًا وتعليقـاً، وكان ذلك من ضرورة تصحيح كلام من هو مالك للتصرف في ذلك، مع تحمل تغيرات من تقديم الكلمات بعضها على بعض وتأخيرها، والعدولُ عن معنى القران الذي هو حقيقة لكلمة (مع)، فلم يلزم من العدول هاهُنا العدول هناك؛ لأنه غير مالك لإنشاء الطلاق تنجيزًا وتعليقـاً، إلا في صورة صريح الشرط مع منافاة الدليل، وهو قوله: إن تزوجتك فأنت طالق، فلمَّا لم يلزم العدول عن معنى القران يقينـاً على حقيقته، والطلاق مع النكاح يتنافيان؛ إذ الطلاق رفع القيد والنكاح إثباته، فيلغوا كلامه ضرورة.

حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: زَوْجُهَا يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ) عَلَيْهَا، لِأَنَّ الزَّوْجَ قَرَنَ الإِيقَاعَ بِإِعْتَاقِ المَوْلَى حَيْثُ عَلَّقَهُ بِالشَّرْطِ الَّذِي عَلَّقَ بِهِ المَوْلَى العِتْقَ، وَإِنَّمَا يَنْعَقِدُ المُعَلَّقُ سَبَبًا عِنْدَ الشَّرْطِ وَالعِتْقُ يُقَارِنُ الإِعْتَاقَ، لِأَنَّهُ عِلَّتُهُ، أَصْلُهُ الاِسْتِطَاعَةُ مَعَ الفِعْلِ فَيَكُونَ التَّطْلِيقُ مُقَارِنًا لِلْعِتْقِ ضَرُورَةً فَتَطْلُقُ بَعْدَ العِتْقِ فَصَارَ كَالمَسْأَلَةِ الأُولَى وَلِهَذَا تُقَدَّرُ عِدَّتُهَا بِثَلَاثِ حِيَضٍ، وَلَهُمَا أَنَّهُ عَلَّقَ الطَّلَاقَ بِمَا عَلَّقَ بِهِ المَوْلَى

قوله: وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: زَوْجُهَا يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ، فكان كلتا المسألتين أعني قوله: أَنتِ طَالِقٌ مَعَ عِتْقِ مَوْلَاكِ، وقوله: إِذَا جَاءَ غَدٌ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثِنْتَيْنِ، وعلق المولى به العتاق أيضاً عنده سواء في أنه يملك الزوج الرجعة، فوجه ذلك هو: أَنَّ الزَّوْجَ قَرَنَ إِيقَاعَ الطَّلَاقِ بِإِعْتَاقِ المَوْلَى معنى، أي: على وجه التعليق؛ لما أنه علق الطلاق بالشرط الذي علق المولى به العتق، وهو مجيء الغد.

قوله: وَالعِتْقُ يُقَارِنُ الإِعْتَاقَ؛ لأن الإعتاق علة العتق، والعلة مع المعلول يقترنان، كما في الاستطاعة مع الفعل عندنا، خلافاً للمعتزلة.

قوله: فَكَانَ التَّطْلِيقُ مُقَارِنًا لِلْعِتْقِ ضَرُورَةً؛ لما أن المقارن لمُقارن الشيء مقارن لنفس ذلك الشيء؛ لأنه لمَّا قرن التطليق بالإعتاق كان التطليق مقارناً للتعليق أيضاً؛ لأن العتق يُقارن الإعتاق.

ثم العتق حكم الإعتاق، فيتعقب الإعتاق على ماهو اختيار بعض المشايخ، والحال أنَّ التطليق مقارن للعتق، فكان وقوع الطلاق عقيب الإعتاق ضرورةً، فَصَارَ كَالمَسْأَلَةِ الأُولَى معنى، ولا يتضح كلام محمد رحمه الله هاهُنا إلا أن يوصف حكم العلة بالتأخر عن العلة، كما هو قول بعض المشايخ، كما وصفه شمس الأئمَّة السرخسي رحمه الله في مسألة: أَنْتِ طَالِقٌ مَعَ مَوْتِي، وقد ذكرناه عن قريب.

ثم العتق هاهُنا حكم الإعتاق، فلمَّا وُصف العتق بالتأخر عن الإعتاق، والتطليق يقترن

العِتْقَ ثُمَّ العِتْقُ يُصَادِفُهَا وَهِيَ أَمَةٌ فَكَذَا الطَّلَاقُ وَالطَّلْقَتَانِ تُحَرِّمَانِ الأَمَةَ حُرْمَةً غَلِيظَةً، بِخِلَافِ المَسْأَلَةِ الأُولَى لِأَنَّهُ عَلَّقَ التَّطْلِيقَ بِإِعْتَاقِ المَوْلَى فَيَقَعَ الطَّلَاقُ بَعْدَ العِتْقِ عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ، وَبِخِلَافِ العِدَّةِ لِأَنَّهُ يُؤْخَذُ فِيهَا بِالِاحْتِيَاطِ، وَكَذَا الحُرْمَةُ

بالعتق، فكان التطليق بعد الإطلاق، فيُصادفها الطلاق وهي حرة فيملك الرجعة.

فإن قلتَ: ما وجه التخلص عمن يعكس المسألة؟ فيقول: كما أن الزوج علق طلاق الثنتين بمجيء الغد، فكذلك المولى علق الإعتاق بمجيء الغد، فكما قرن التطليق بالإعتاق فكذلك قرن الإعتاق بالتطليق، ولما قرن الطلاق الذي هو حكم التطليق بالعتق الذي هو حكم الإعتاق، فكذلك قرن العتق بالطلاق أيضاً، فكان العتق واقعاً عليها بعد التطليق، كما ذكرت أنت وقوع الطلاق بعد الإعتاق، فكان طلاق الثنتين مُصادفاً إيَّاها، وهي أمة فتحرم حرمة غليظة.

قلتُ: وجهه هو العمل بالاحتياط والعمل بالأصل؛ وذلك لأنا لو قلنا بتأخر العتق عن التطليق يلزمه الحرمة الغليظة، فلو قلنا بتأخر الطلاق عن الإعتاق على الوجه الذي قلنا من مُقارنة التطليق للعتق لا يلزم، ولم يكن لازمه قبل هذا فلا يثبت الشك.

فإن قلتَ: يلزم من هذا إثبات أمر آخر بالشك، وهو ولاية الرجعة.

قلتُ: الرجعة عبارة عن استدامة النكاح، فكان له قبل هذا ولاية استدامة النكاح، فيبقى ما كان على ما كان، وهو العمل بموجب الشك، فإن الشك إذا ثبتَ في موضع ولم يكن ترجيح أحد الجانبين على الآخر، فيعمل بما كان على ما كان.

ولقول محمد رحمه الله وجهان آخران صحيحان، ذكرهما في «الفوائد الظهيرية»:

أحدهما: أن قوله: أنت حرة أو حُر، من قوله: أَنْتِ طَالِقٌ ثِنْتَيْنِ، وهُما أي: التطليق والإعتاق بهذين اللفظين يوجدان في زمان واحد، فيتقدم أحدهما في الوجود، وهو قوله: أنت حرة، فيصادفها التطليقتان وهي حرة، فيملك الرجعة عليها.

والثاني: أن التطليق مع الإعتاق وإن تقارنا في الوجود، لكن يتأخر حكم التطليق عن

الغَلِيظَةُ يُؤْخَذُ فِيهَا بِالِاحْتِيَاطِ، وَلا وَجْهَ إِلَى مَا قَالَ لِأَنَّ العِتْقَ لَوْ كَانَ يُقَارِنُ الإِعْتَاقَ لِأَنَّهُ عِلَّتُهُ فَالطَّلَاقُ يُقَارِنُ التَّطْلِيقَ لِأَنَّهُ عِلَّتُهُ فَيَقْتَرِنَانِ.

حكم الإعتاق في الوجود، لكون الطلاق مختصًا ببطء الثبوت؛ لأن ثبوته مع المنافي؛ لأن الأصل في الطلاق الحظر، والعتاق مختص بسرعة الثبوت؛ لأن ثبوته على وفاق الدليل؛ لأن الإعتاق مندوبٌ إليه شرعـًا، بل هو واجبٌ في مواضع الكفارات، فكان أسرع ثبوتـًا فيلزمه تقديمه على الطلاق، فحينئذٍ يصادفها الطلاق وهي حرة.

وهذا معنى مؤثر، ألا ترى أن الملك في البيع الفاسد تأخر إلى زمان القبض، بخلاف البيع الصحيح؛ لأن ثبوت حكم البيع الصحيح على وفاق الدليل، وثبوت حكم البيع الفاسد على خلافه.

وأمَّا وجه قولهما فظاهر، وهو أن الطلاق والعتاق تعلقا بشرط واحد، وهو مجيء الغد، فيقعان معـًا، فكما أن العتق صادفها وهي أمة، فكذلك الطلاق صادفها وهي أمة، والأمة تحرم حُرمة غليظة بتطليقتين.

وأمَّا في الفصل الأول فإنه علق التطليق بإعتاق المولى، فيقع الطلاق بعد العتق؛ لأن وجود المشروط بعد وجود الشرط.

قولـه: فَيَقْتَرِنَانِ، أي العتق مع الطلاق، والإعتاق مع التطليق، والله تعالى أعلم.

فَصْلٌ فِي تَشْبِيهِ الطَّلَاقِ وَوَصْفِهِ

(وَمَنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ هَكَذَا يُشِيرُ بِالإِبْهَامِ وَالسَّبَّابَةِ وَالوُسْطَى فَهِيَ ثَلَاثٌ) لِأَنَّ الإِشَارَةَ بِالأَصَابِعِ تُفِيدُ العِلْمَ بِالعَدَدِ فِي مَجْرَى العَادَةِ إِذَا اقْتَرَنَتْ بِالعَدَدِ المُبْهَمِ، قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -: «الشَّهْرُ هَكَذَا وَهَكَذَا وَهَكَذَا» الحَدِيثَ،

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه

ذكر فصل وصف الطلاق بعد ذكر أصول الطلاق وتنويعه؛ لما أن الوصف تابع فيتبع موصوفه.

قوله: وَمَنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ هَكَذَا يُشِيرُ بِالإِبْهَامِ وَالسَّبَّابَةِ، وقد طعن بعض الناس، أي: على محمد رحمه الله، في تسميته السبَّابة، قالوا: هذا اسم جاهلي، وإنما اسمها الشرعي المسبِّحة.

والجوابُ: أنه كتب في بعض النسخ السبَّاحة، وهي من أسمائها.

وأمَّا السبَّابة فقد وردت في السنة في حديث عبد الله ابن عُمر رضي الله عنهما: «أنَّ النبي صلَّى الله عليه وسلم أدخل السبابتين في أذنيه في صفة الطهور»، ورُوي أنه صلَّى الله عليه وسلم أمسك السبَّابة والإبهام للأذنين.

ولأن الأسماء التي هي أعلام لا توجب تحقيق معانيها في المُسمَّيات بالإجماع، كذا في «الجامع الصغير» لفخر الإسلام رحمه الله.

قوله: قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الشَّهْرُ هَكَذَا»، الحديث، ورُوي عن النبي صلَّى الله عليه وسلم أنه عدَّ الشهر وقال: «هَكَذَا وَهَكَذَا وَهَكَذَا»، نشر الأصابع كلها في مرَّةٍ، ثم قال

وَإِنْ أَشَارَ بِوَاحِدَةٍ فَهِيَ وَاحِدَةٌ، وَإِنْ أَشَارَ بِثِنْتَيْنِ فَهِيَ ثِنْتَانِ لِمَا قُلْنَا، وَالإِشَارَةُ تَقَعُ بِالمَنْشُورَةِ مِنْهَا، وَقِيلَ: إِذَا أَشَارَ بِظُهُورِهَا فَبِالمَضْمُومَةِ مِنْهَا، وَإِذَا كَانَ تَقَعُ الإِشَارَةُ بِالمَنْشُورَةِ مِنْهَا فَلَوْ نَوَى الإِشَارَةَ بِالمَضْمُومَتَيْنِ يُصَدَّقُ دِيَانَةً لا قَضَاءً، وَكَذَا إِذَا نَوَى الإِشَارَةَ بِالكَفِّ حَتَّى يَقَعَ فِي الأُولَى ثِنْتَانِ دِيَانَةً، وَفِي الثَّانِيَةِ وَاحِدَةٌ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُهُ لَكِنَّهُ خِلافُ الظَّاهِرِ، وَلَوْ لَمْ يَقُلْ هَكَذَا تَقَعُ وَاحِدَةٌ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْتَرِنْ بِالعَدَدِ المُبْهَمِ فَبَقِيَ الاِعْتِبَارُ بِقَوْلِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ (وَإِذَا وَصَفَ الطَّلَاقَ بِضَرْبٍ مِّنَ الشِّدَّةِ

مرَّةً: «الشَّهْرُ هَكَذَا وَهَكَذَا وَهَكَذَا»، وحبس إبهامه في المرَّة الثالثة، وكان مُراده صلَّى الله عليه وسلم من ذلك بيان أنَّ الشهر قد يكون ثلاثين، وقد يكون تسعة وعشرين، والقول كما يكون باللسان يكون بالجوارح كذلك، قال الشاعر:

أشارَتْ بِطَرْفِ العَيْنِ خِيفَةَ أَهْلِها * إِشَارَةَ مَذْعُورٍ وَلَمْ تَتَكَلَّمِ

واعلم بأنه لا فرق بين الإشارة بالأصابع التي اعتاد الناسُ الإشارة بها، وبين الأصابع الأخر، كذا في «الفوائد الظهيرية».

وقيل: إذا أشار بظهورها فبالمضمومة منها، يعني إذا جعل باطن الكف إليها، فأمَّا إذا جعل ظهرالكف إليها وبطون الأصابع إلى نفسه لا يقع الا واحدة؛ لأن الظاهر شاهد له، فإن العادة فيما بين الناس الإشارة ببطون الأصابع إلى المخاطب لا إلى نفسه، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان.

وقيل: إن كان بطن كفه إلى السماء فالعبرة للنشر، وإن كان إلى الأرض فالعبرة للضم، وقيل: إن كان نشرًا عن ضم فالعبرة للنشر، وإن كان ضمًّا عن نشر فالعبرة للضم، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قوله: وَلَوْ لَمْ يَقُلْ هَكَذَا تَقَعُ وَاحِدَةٌ، يعني أشار بأصابعه، فقال: أنت طالق ولم يقل هكذا، فهي واحدة؛ لأن الإشارة إنَّما اعتبرت تفسيرًا إذا قرنت بعدد مبهم، ولم يُوجد هاهُنا

أَوِ الزِّيَادَةِ كَانَ بَائِنًا مِثْلُ أَنْ يَقُولَ: أَنْتِ طَالِقٌ بَائِنٌ أَوْ الْبَتَّةَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَقَعُ رَجْعِيًّا إذَا كَانَ بَعْدَ الدُّخُولِ بِهَا لِأَنَّ الطَّلَاقَ شُرِعَ مُعْقِبًا لِلرَّجْعَةِ فَكَانَ وَصْفُهُ بِالْبَيْنُونَةِ خِلَافَ الْمَشْرُوعِ فَيَلْغُو كَمَا إذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ عَلَى أَنْ لا رَجْعَةَ لِي عَلَيْكِ، وَلَنَا أَنَّهُ وَصَفَهُ بِمَا يَحْتَمِلُهُ لَفْظُهُ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الْبَيْنُونَةَ قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا وَبَعْدَ الْعِدَّةِ تَحْصُلُ بِهِ فَيَكُونُ هَذَا الْوَصْفُ لِتَعْيِينِ أَحَدِ الْمُحْتَمَلَيْنِ، وَمَسْأَلَةُ الرَّجْعَةِ مَمْنُوعَةٌ

ذكر عدد مبهم، فبقي قوله: أنت طالق، وهو لا يحتمل العدد؛ لأنه نعت فرد فلا يقع إلا واحدة، كذا ذكره فخر الإسلام في «المبسوط».

قوله: وَلَنَا أَنَّهُ وَصَفَهُ بِمَا يَحْتَمِلُهُ لَفْظُهُ، أي وصف الطلاق بالبينونة بقوله: أنت طالق بائن، والطلاق يحتمل البينونة.

قوله: أَلَا تَرَى أَنَّ الْبَيْنُونَةَ قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا وَبَعْدَ الْعِدَّةِ تَحْصُلُ بِهِ، فإن قيل: لو كان قوله: أنت طالق محتملًا للبينونة، ينبغي أن تصح نية البينونة في قوله: أنت طالق؛ لأن النية إنما تعمل فيما احتمله اللفظ، ولم يصح بالإجماع.

قلنا: النية تصح في الملفوظ لا في غير الملفوظ، والبينونة ما صارت ملفوظة فلا تعمل نيَّته كمن عليه السهو إذا سلم، يريدُ به قطع الصلاة لا تعمل نيته، بخلاف ما إذا قال: أنت طالق بائن، فالبينونة ملفوظة.

وحجتنا في هذا أيضـًا ما ذكره في «المبسوط»، وهذا أن إيقاع صفة البينونة تصرف من الزوج في ملكه، فيكون صحيحـًا بإيقاع أصل الطلاق، بيانه أن الطلاق بالنكاح مملوك الزوج، وما صار مملوكـًا له إلا للحاجة إلى التفصّي عن عُهدة النكاح، وذلك بإزالة الملك، وكذلك قبل الدخول إزالة الملك مملوكةً للزوج وبالدخول يتأكد ملكه، فلا يبطل ما كان ثابتـًا له بالملك من ولاية الإزالة، وكذلك يملك الاعتياض عن إزالة الملك، وإنما يملك الاعتياض عما هو مملوك له، فيثبت أن الإبانة مملوكة له، فكان وصفه الطلاق الذي أوقع بالبينونة تصرفـًا منه في ملك نفسه؛ فيجبُ إعماله ما أمكن، وكان ينبغي على هذا الأصل أن

فَتَقَعُ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ إِذَا لَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ أَوْ نَوَى الثِّنْتَيْنِ، أَمَّا إِذَا نَوَى الثَّلَاثَ فَثَلَاثٌ لِمَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ، وَلَوْ عَنَى بِقَوْلِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَبِقَوْلِهِ بَائِنٌ أَوْ البَتَّةَ أُخْرَى تَقَعُ تَطْلِيقَتَانِ بَائِنَتَانِ لِأَنَّ هَذَا الوَصْفَ يَصْلُحُ لِابْتِدَاءِ الإِيقَاعِ (وَكَذَا إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ أَفْحَشَ الطَّلَاقِ) لِأَنَّهُ إِنَّمَا يُوصَفُ بِهَذَا الوَصْفِ بِاعْتِبَارِ أَثَرِهِ وَهُوَ البَيْنُونَةُ فِي الحَالِ فَصَارَ كَقَوْلِهِ بَائِنٌ، وَكَذَا إِذَا قَالَ أَخْبَثَ الطَّلَاقِ (أَوْ أَسْوَأَهُ لِمَا ذَكَرْنَا، وَكَذَا إِذَا قَالَ

يزول الملك بنفس الطلاق، إلا أن حكم الرجعة بعد صريح الطلاق يثبت شرعـًا، بخلاف القياس فلا يلحق به ما ليس في معناه؛ ولأن قوله لها: أنت طالق، يحتمل الطلاق المبيّن وغير المبيّن، فكان قوله: بائنـًا لتعيين أحد المحتملين، كما يقول: الناسُ يكون محتملًا للعموم والخصوص، وإذا قال: الناسُ كلهم، يزول به هذا الاحتمال، وكذلك إذا قال: بعتُ يحتمل البيع بخيار والبيع البات، وإذا قال: بيعـًا باتًّا يزول به هذا الاحتمال.

وقوله: فَتَقَعُ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ إِذَا لَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ، إلى **قوله:** لِمَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ، وهو **قوله:** نَقُولُ: نِيَّةُ الثَّلَاثِ إِنَّمَا صَحَّتْ لِكَوْنِهَا جِنْسًا، إلى آخره في أوائل باب إيقاع الطلاق، في مقابلة قول زفر رحمه الله.

قوله: تَقَعُ تَطْلِيقَتَانِ بَائِنَتَانِ؛ لأن قوله: بائن خبر للمبتدأ بعد خبر، فكان المبتدأ مقدرًا له، فصار كأنه قال: أنت طالق أنت بائن، وهذا معنى **قوله:** لِأَنَّ هَذَا الوَصْفَ يَصْلُحُ لِابْتِدَاءِ الإِيقَاعِ.

وذكر الإمامُ التمرتاشي رحمه الله: وإن نوى بالبائن أخرى فبائنتان، وكذا كل كناية.

قوله: وَكَذَا إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ أَفْحَشَ الطَّلَاقِ، وهذا معطوفٌ على **قوله:** أَنْتِ طَالِقٌ بَائِنٌ، في الأحكام الأربعة، وهي: فَتَقَعُ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ إِذَا لَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ أَوْ نَوَى الثِّنْتَيْنِ، وَلَوْ نَوَى الثَّلَاثَ فَثَلَاثٌ.

ولو عنى **بقوله:** أَنْتِ طَالِقٌ، واحدة، **وبقوله:** أَفْحَشَ الطَّلَاقِ، أخرى، تقع تطليقتان.

طَلَاقَ الشَّيْطَانِ أَوْ طَلَاقَ البِدْعَةِ) لِأَنَّ الرَّجْعِيَّ هُوَ السُّنِّيُّ فَيَكُونُ قَوْلُهُ: البِدْعَةَ وَطَلَاقَ الشَّيْطَانِ بَائِنًا، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ فِي قَوْلِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ لِلْبِدْعَةِ أَنَّهُ لا يَكُونُ بَائِنًا إِلَّا بِالنِّيَّةِ لِأَنَّ البِدْعَةَ قَدْ تَكُونُ مِنْ حَيْثُ الإِيقَاعِ فِي حَالَةِ حَيْضٍ فَلَا بُدَّ مِنَ النِّيَّةِ، وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ لِلْبِدْعَةِ أَوْ طَلَاقَ الشَّيْطَانِ يَكُونُ رَجْعِيًّا لِأَنَّ هَذَا الوَصْفَ قَدْ يَتَحَقَّقُ بِالطَّلَاقِ فِي حَالَةِ الحَيْضِ فَلَا تَثْبُتُ البَيْنُونَةُ بِالشَّكِّ.

(وَكَذَا إِذَا قَالَ: كَالجَبَلِ) لِأَنَّ التَّشْبِيهَ بِهِ يُوجِبُ زِيَادَةً لا مَحَالَةَ وَذَلِكَ بِإِثْبَاتِ زِيَادَةِ الوَصْفِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ: مِثْلَ الجَبَلِ لِمَا قُلْنَا، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَكُونُ رَجْعِيًّا لِأَنَّ الجَبَلَ شَيْءٌ وَاحِدٌ فَكَانَ تَشْبِيهًا بِهِ فِي تَوَحُّدِهِ (وَلَوْ قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ أَشَدَّ الطَّلَاقِ أَوْ كَأَلْفٍ أَوْ مِلْءَ البَيْتِ فَهِيَ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ ثَلَاثًا) أَمَّا الأَوَّلُ فَلِأَنَّهُ وَصَفَهُ بِالشِّدَّةِ وَهُوَ البَائِنُ لِأَنَّهُ لا يَحْتَمِلُ الِانْتِقَاضَ وَالِارْتِفَاضَ، أَمَّا الرَّجْعِيُّ فَيَحْتَمِلُهُ،

فإن قيل: إن **قوله:** أَفْحَشَ، أفعل التفضيل، فيقتضي أن يكون هناك فاحشان أحدهما أفحش من الآخر، والأفحش هو الذي لا يكون فوقه أفحش، فيتعين الثلاث؛ لأنه ليس فوقها طلاق، فحينئذٍ لا يشترط نية الثلاث، بل يقع الثلاث في **قوله:** أَفْحَشَ الطَّلَاقِ، نوى أو لم ينو.

قلنا: هذا الوزن مشترك بين التفضيل وبين مجرَّد الإتيان، قال الله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، وقال الشاعر:

إِنَّ الذي سَمَكَ السَّماءَ بَنى لَنَا * بَيْتـًا، دَعَائِمُهُ أَعَزُّ وَأَطْوَلُ

أي: عزيزة وطويلة، وإذا كان كذلك لم يجب حمل مطلق اللفظ على الثلاث، فكذا هذا الجواب في الأخبث والأسوأ والأشد، إلى هذا أشار في «الفوائد الظهيرية».

قوله: فَكَانَ تَشْبِيهًا بِهِ فِي تَوَحُّدِهِ، أي: في تفريده عن الوصف وعن العدد فيكون رجعيًّا.

وَإِنَّمَا تَصِحُّ نِيَّةُ الثَّلَاثِ لِذِكْرِهِ المَصْدَرَ.

وَأَمَّا الثَّانِي فَلِأَنَّهُ قَدْ يُرَادُ بِهَذَا التَّشْبِيهِ فِي القُوَّةِ تَارَةً وَفِي العَدَدِ أُخْرَى، يُقَالُ هُوَ كَأَلْفِ رَجُلٍ وَيُرَادُ بِهِ القُوَّةُ فَتَصِحُّ نِيَّةُ الأَمْرَيْنِ، وَعِنْدَ فِقْدَانِهَا يَثْبُتُ أَقَلُّهُمَا، وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَقَعُ الثَّلَاثُ عِنْدَ عَدَمِ النِّيَّةِ لِأَنَّهُ عَدَدٌ فَيُرَادُ بِهِ التَّشْبِيهُ فِي العَدَدِ ظَاهِرًا فَصَارَ كَمَا إذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ كَعَدَدِ أَلْفٍ.

وَأَمَّا الثَّالِثُ فَلِأَنَّ الشَّيْءَ قَدْ يَمْلَأُ البَيْتَ لِعِظَمِهِ فِي نَفْسِهِ وَقَدْ يَمْلَؤُهُ لِكَثْرَتِهِ، فَأَيُّ ذَلِكَ نَوَى صَحَّتْ نِيَّتُهُ، وَعِنْدَ انْعِدَامِ النِّيَّةِ يَثْبُتُ الأَقَلُّ، ثُمَّ الأَصْلُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ مَتَى شَبَّهَ الطَّلَاقَ بِشَيْءٍ يَقَعُ بَائِنًا: أَيَّ شَيْءٍ كَانَ المُشَبَّهُ بِهِ ذَكَرَ العِظَمَ أَوْ لَمْ يَذْكُرْ لِمَا مَرَّ أَنَّ التَّشْبِيهَ يَقْتَضِي زِيَادَةَ وَصْفٍ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ إنْ ذَكَرَ العِظَمَ

قوله: وَأَمَّا الثَّانِي، وهو قوله: أَوْ كَأَلْفٍ، فيُراد به التشبه في القوة، يُقال: رب واحد يعدل الألف زائدًا، والواحد القوي في الطلاق هو الطلاق البائن، فيصح نيته لذلك، وقد يُراد به الكثرة فتصح نية الثلاث كذلك.

قوله: فَتَصِحُّ نِيَّةُ الأَمْرَيْنِ، وهما القوة والكثرة في العدد، وعند عدم نيتهما يَثْبُتُ أَقَلُّهُمَا، وهو الواحد البائن.

ثم في قوله: يَقَعُ بَائِنًا: أَيَّ شَيْءٍ كَانَ المُشَبَّهُ بِهِ، احتراز عن قول زفر رحمه الله، فإنه لوقوع البينونة عنده يشترط أن يكون المشبه به عظيماً في نفسه، وإلا فهو رجعي.

وفي قوله: ذَكَرَ العِظَمَ أَوْ لَمْ يَذْكُرْ، احتراز عن قول أبي يوسُف رحمه الله، فإنه يشترط للبينونة عنده ذكر العظم لا غير، على رواية هذا الكتاب وعامّة شروح «الجامع الصغير».

ولكن زاد في «الذَّخيرة»، و«الجامع الصغير البرهانِي» في قول أبي يوسف وقال: إن لم يذكر لفظ العظم لكن شبَّهه بشيء عظيم أو صغير حقير، إن كان له حِدَّةٌ يكون بائنـًا، وإن لم

يَكُونُ بَائِنًا وَإِلَّا فَلا أَيَّ شَيْءٍ كَانَ الْمُشَبَّهُ بِهِ لِأَنَّ التَّشْبِيهَ قَدْ يَكُونُ فِي التَّوْحِيدِ عَلَى التَّجْرِيدِ، أَمَّا ذِكْرُ العِظَمِ فَلِلزِّيَادَةِ لا مَحَالَةَ، وَعِنْدَ زُفَرَ إِنْ كَانَ الْمُشَبَّهُ بِهِ مِمَّا يُوصَفُ بِالعِظَمِ عِنْدَ النَّاسِ يَقَعُ بَائِنًا وَإِلَّا فَهُوَ رَجْعِيٌّ، وَقِيلَ مُحَمَّدٌ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقِيلَ مَعَ أَبِي يُوسُفَ، وَبَيَانُهُ فِي قَوْلِهِ مِثْلُ رَأْسِ الإِبْرَةِ مِثْلُ عِظَمِ رَأْسِ الإِبْرَةِ وَمِثْلُ الجَبَلِ مِثْلُ عِظَمِ الجَبَلِ.

(وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ تَطْلِيقَةً شَدِيدَةً أَوْ عَرِيضَةً أَوْ طَوِيلَةً فَهِيَ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ) لِأَنَّ مَا لا يُمْكِنُ تَدَارُكُهُ يَشْتَدُّ عَلَيْهِ وَهُوَ البَائِنُ، وَمَا يَصْعُبُ تَدَارُكُهُ يُقَالُ: لِهَذَا الأَمْرِ طُولٌ وَعَرْضٌ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَقَعُ بِهَا رَجْعِيَّةٌ لِأَنَّ هَذَا الوَصْفَ لا يَلِيقُ بِهِ فَيَلْغُو، وَلَوْ نَوَى الثَّلَاثَ فِي هَذِهِ الفُصُولِ صَحَّتْ نِيَّتُهُ لِتَنَوُّعِ البَيْنُونَةِ عَلَى مَا مَرَّ وَالوَاقِعُ بِهَا بَائِنٌ.

يكن له حِدَّةٌ يكون رجعيًّا، فعلى هذا إن شبَّه برأس الإبرة تقع واحدةً بائنةً عند أبي يوسف.

قوله: وَبَيَانُهُ فِي قَوْلِهِ مِثْلُ رَأْسِ الإِبْرَةِ مِثْلُ عِظَمِ رَأْسِ الإِبْرَةِ وَمِثْلُ الجَبَلِ مِثْلُ عِظَمِ الجَبَلِ، عند أبي حنيفة خاصة على تقدير أن يكون محمد مع أبي يوسف رحمهم الله.

مِثْلُ عِظَمِ رَأْسِ الإِبْرَةِ يكون بائنًا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وَمِثْلُ الجَبَلِ، يكون بائنًا عند أبي حنيفة وزفر رحمهما الله.

مِثْلُ عِظَمِ الجَبَلِ، يكون بائنًا بالإجماع المركب، فعند أبي حنيفة رحمه الله لوجود التشبيه، وعند أبي يوسف رحمه الله لوجود ذكر العظم، وعند زفر رحمه الله يكون الجبل عظيمًا عند الناس، والله تعالى أعلم.

(فَصْلٌ فِي الطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ)

(وَإِذَا طَلَّقَ رَجُلٌ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا وَقَعْنَ عَلَيْهَا) لِأَنَّ الْوَاقِعَ مَصْدَرٌ مَحْذُوفٌ لِأَنَّ مَعْنَاهُ طَلَاقًا ثَلَاثًا عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، فَلَمْ يَكُنْ قَوْلُهُ أَنْتِ طَالِقٌ إيقَاعًا عَلَى

فصل في الطلاق قبل الدخول

لمَّا كان وضع النكاح للدخول كان الطلاق بعد الدخول جريًا على الأصل، والطلاق قبل الدخول بمنزلة العارض، فقدم الأصل على العارض، ثمَّ شرع في بيان العوارض، فإن له أحكامًا تخصّه فلذلك فصَّل بفصل على حدة.

قوله: لِأَنَّ الوَاقِعَ مَصْدَرٌ مَحْذُوفٌ، أي: المصدر الذي يستدعيه ذكر الثلاث، إنَّما ذكر هذا ردًّا لقول من يقول: إن قوله: أنت طالق عامل بنفسه فيقع، والمرأة غير مدخولة فيلغوا ذكر الثلاث؛ لأنَّها بانت لا إلى عدة، فقال: لا بل الواقع ذكر العدد، وإذا كان العدد مقرونًا بقوله: أنت طالق؛ لما أن قوله: ثلاثًا، عدد والمرأة ليست بمتعدِّدة، وإنَّما المتعدِّد ما يدل عليه قوله: أنت طالق، وهو الطلاق فصار كأنه قال: أنت طالق طلاقًا ثلاثًا، فكان الواقع في الحقيقة هو المصدر والموصوف بالثلاث.

وقال في «المبسوط»: وهذا عندنا، وهو قول عُمر وعلي وابن عباسٍ وأبي هريرة رضي الله عنهم، وقال الحسن البصري رحمه الله: تقعُ واحدة بقوله طالق، فتبين لا إلى عدَّةٍ، وقوله: ثلاثًا، يصادفها وهي أجنبية فلا يقع به شيء، كما لو قال لها: أنت طالق وطالق وطالق، ولكنا نقول: الطلاق متى قُرن بالعدد فالوقوع يكون بالعدد؛ لأن الموقع هو العدد، فإذا صرَّح بذكر العدد كان هو العامل دون ذكر الوصف، ولهذا لو ماتت المرأة بعد قوله: طالق، قبل قوله:

حِدَةٍ فَيَقَعْنَ جُمْلَةً (فَإِنْ فَرَّقَ الطَّلَاقَ بَانَتْ بِالأُولَى وَلَمْ تَقَعِ الثَّانِيَةُ وَالثَّالِثَةُ) وَذَلِكَ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ: أَنْتِ طَالِقٌ طَالِقٌ طَالِقٌ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ إِيقَاعٌ عَلَى حِدَةٍ إِذَا لَمْ يَذْكُرْ فِي آخِرِ كَلَامِهِ مَا يُغَيِّرُ صَدْرَهُ حَتَّى يَتَوَقَّفَ عَلَيْهِ فَتَقَعُ الأُولَى فِي الحَالِ فَتُصَادِفُهَا الثَّانِيَةُ وَهِيَ مُبَانَةٌ (وَكَذَا إِذَا قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ) لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهَا بَانَتْ بِالأُولَى.

ثلاثـًا لا يقع شيء؛ وهذا لأن الكل كلمة واحدة في الحكم، فإنَّ إيقاع الثلاث لا يتأتى بعبارة أوجز من هذا، والكلمة الواحدة لا يُفصل بعضها عن بعض، بخلاف قوله: طالق وطالق وطالق؛ لأنَّها كلمات متفرقة.

قوله: فَإِنْ فَرَّقَ الطَّلَاقَ بَانَتْ بِالأُولَى... وَذَلِكَ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ: أَنْتِ طَالِقٌ طَالِقٌ طَالِقٌ، وكذا لو قال: أنت طالق وطالق وطالق، وإنَّما يفترق الحكم بين ذكر الواو وعدمه إذا كان في آخره شرط أو استثناء.

وقال في «الإيضاح»: إذا قال أنت طالق طالق إن دخلت الدار، وهي غير مدخولة بها، بانت بالأولى ولم تتعلق الثانية، وإن كان معطوفًا، نحو أن قال: أنت طالق وطالق إن دخلت الدار، أو: فطالق إن دخلتِ، تعلقا جميعـًا بالدخول؛ لأن قوله: أنت طالق، من حيث أنه جزاءٌ كلامٌ قاصر يحتاج إلى ذكر الشرط ليتم الكلام يمينًا، فيتوقف الأول والثانِي على ذكر الشرط، فتعلقا به دفعةً واحدةً، فإذا لم يوجد حرف العطف فالثانِي صار فاصلًا بين الأول وبين ما ذكر من الشرط بعده، فكان تنجيزًا.

قوله: وَكَذَا إِذَا قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً وَوَاحِدَةً، وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ؛ لِأَنَّهَا بَانَتْ بِالأُولَى، وعند مالك رحمه الله تطلق ثلاثًا؛ لأن الواو للجمع وجمعه بين التطليقات بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع، بأن يقول لها: أنت طالق ثلاثـًا.

ولكنا نقول: الواوُ للعطف فلا يقتضي جمعـًا، وليس في آخر كلامه ما يغير مُوجب أوله؛ لأن موجب أول الكلام وقوع الطلاق، وهو واقع سواء أوقع الثَّانية والثالثة أو لم يوقع،

....

فتبيَّن بالأولى كما تكلَّم بها ثم تكلَّم بالثانية وهي ليست في عدته، وهذا بخلاف ما لو ذكر شرطًا أو استثناء في آخر الكلام؛ لأن في آخره ما يغير مُوجب أوله، فيوقف أوله على آخره، كذا في «المبسوط».

فإن قلتَ: هذا الذي ذكرتُه هو أن الواو للعطف، فلا يقتضي توقف أول الكلام على آخره إذا لم يكن في آخره ما يُغيّره من الشرط أو الاستثناء، فيقعُ الأولى دون الثانية، منقوض بما إذا قال لها وهي غير مدخولة: أنت طالق واحدة ونصفًا، وبقوله: أنت طالق واحدة وعشرين، فإن في الأولى تقع الثنتان وفي الثانية يقع الثلاث، وفي هاتين الصورتين ذكر الكلام بالواو العاطفة وليس في آخره ما يُغيّره، ومع ذلك توقف أوَّل الكلام على آخره حتى وقع الثنتان أو الثلاث في حق غير المدخول بها.

قلتُ: القياسُ ما ذكرتُ أوَّلًا، وهو أن لا يتوقف أول الكلام على آخره إذا لم يكن في آخره ما يُغيّره، فتقع الواحدة في هاتين الصورتين أيضًا، وهو قول زُفر رحمه الله؛ لأن المراد من نصف التطليقة كمالها، فكأنه قال: أنتِ طالق واحدة وواحدة، ولكنا نقول: هذا كله ككلام واحد معنى؛ لأنه لا يمكنه أن يعبر عن واحدة ونصف بعبارة أَوْجَزَ من هذا، فإن لواحدة ونصف عبارتين، إمَّا بهذا، وإمَّا بثنتين إلا نصفًا، وذلك لا يُعتبر معلومًا إلا بالاستثناء، وهذا معلومٌ في نفسه فهو أولى العبارتين، بخلاف قوله واحدة وواحدة، فإنَّهما عبارتان؛ لأن للثنتين عبارة أَوْجز من هذا، وهي أن يقول: ثنتين، وكذلك لو قال: أنت طالق أحدًا وعشرين، عندنا تطلق ثلاثًا؛ لأنه ليس لهذا العدد عبارة أَوْجز من هذا الكلام، فكان الكلامُ واحدًا معنى.

وعند زفر رحمه الله تطلق واحدة؛ لأنَّهما كلامان أحدهما معطوف على الآخر، فتبيَّن بالأولى، وإن قال أحد عشر تطلق ثلاثًا بالاتفاق؛ لأنه ليس بينهما حرف العطف، فكان الكل واحدًا، كذا في «المبسوط».

فإن قيل: الواوُ العاطفة لمطلق الجمع عندنا، فحينئذٍ يجب أن يتوقف أول الكلام على آخره في قوله: أنت طالق واحدة وواحدة، ليتحقق الجمع.

(وَلَوْ قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً فَمَاتَتْ قَبْلَ قَوْلِهِ وَاحِدَةً كَانَ بَاطِلًا) لِأَنَّهُ قَرَنَ الوَصْفَ بِالعَدَدِ فَكَانَ الوَاقِعُ هُوَ العَدَدَ، فَإِذَا مَاتَتْ قَبْلَ ذِكْرِ العَدَدِ فَاتَ المَحَلُّ قَبْلَ

قلنا: لو توقف لصار للقران ولم يوضع للقران.

فإن قيل: لو لم يتوقف يصير للترتيب، وهو أيضاً ليس من مذهبنا.

قلنا: الواو لم توضع للقران والترتيب، ولكن لمطلق الجمع؛ إلا أنه وقع الطلاق بالأولى لوجود الإيقاع وعدم المانع، فلم يبق محلًّا للثانية، بخلاف ما إذا قال: مع واحدة؛ لأنَّها للقران فتتوقف الأولى على الثانية فوقعتا معًا.

فإن قلتَ: يشكل على هذا ما إذا قال لامرأته التي لم يدخل بها: أنت طالق ثلاثاً إن شئتِ، فقالت: قد شئتُ واحدة وواحدة وواحدة، وقع عليها ثلاث تطليقات، مع أنَّها ما أتت به بعد ذكر جزاء الشَّرط بحرف الواو.

قلتُ: إنَّما طلقت هناك ثلاثاً؛ لأن تمام الشرط بآخر كلامها، فما لم يتم الشرط لم يترك الجزاء، فكذلك وقع الثلاث عند تمام الشرط جملة، سواءٌ دخل بها أو لم يدخل بها، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلَوْ قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً فَمَاتَتْ قَبْلَ قَوْلِهِ وَاحِدَةً كَانَ بَاطِلًا، أي: لا يقع شيء، بخلاف ما إذا ماتَ الرجل بعد قوله: أنت طالق قبل قوله ثلاثاً، فهي طالق واحدة؛ لأن الزوج وصل لفظ الطلاق بذكر العدد فيما إذا ماتت المرأة، فكان العاملُ هو العدد وذكر العدد حصل بعد موتِها، فأمَّا إذا مات الرجل فلفظ الطلاق هاهُنا لم يتصل بذكر العدد، فبقي قوله: أنت طالق، وهو عامل بنفسه فيقع، ألا ترى أن من قال لامرأته: أنت طالق، وهو يريد أن يقول ثلاثاً فأمسك رجل فاه، فلم يقل شيئاً بعد ذكر الطلاق فهي طالق واحدة؛ لأن الوقوع بلفظة لا يقصدها، وهو ما تلفظ إلا بقوله: أنت طالق، كذا في «المبسوط».

فإن قيل: لماذا وضع المسألة في غير المدخول بها؟ أعني في قوله: وَلَوْ قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً فَمَاتَتْ قَبْلَ قَوْلِهِ وَاحِدَةً كَانَ بَاطِلًا، والحكم في المدخول بِها أيضاً كذلك؟

الإِيقَاعِ فَبَطَلَ (وَكَذَا لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثِنْتَيْنِ أَوْ ثَلَاثًا) لِمَا بَيَّنَّا وَهَذِهِ تُجَانِسُ مَا قَبْلَهَا مِنْ حَيْثُ المَعْنَى (وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً قَبْلَ وَاحِدَةٍ أَوْ بَعْدَهَا وَاحِدَةٌ وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ) وَالأَصْلُ أَنَّهُ مَتَى ذَكَرَ شَيْئَيْنِ وَأَدْخَلَ بَيْنَهُمَا حَرْفَ الظَّرْفِ إِنْ قَرَنَهَا بِهَاءِ الكِنَايَةِ كَانَ صِفَةً لِلْمَذْكُورِ آخِرًا كَقَوْلِهِ: جَاءَنِي زَيْدٌ قَبْلَهُ عَمْرٌو، وَإِنْ لَمْ يَقْرِنْهَا بِهَاءِ الكِنَايَةِ كَانَ صِفَةً لِلْمَذْكُورِ أَوَّلًا كَقَوْلِهِ: جَاءَنِي زَيْدٌ قَبْلَ عَمْرٍو، وَإِيقَاعُ الطَّلَاقِ

قلنا: النكاح قبل الدخول واهٍ؛ لأن المهر في الملك لا يتأكد قبل الدخول فلمَّا كان واهيـًا، وكذا الإيجابُ إذا لم يكن له تأثير في إبطال ملك واهٍ، فلأن لا يكون له تأثير في إبطال ملك مؤكد أوْلَى، فكان الوضع في غير المدخول بها وضعـًا في المدخول بها بالطريق الأولى، كذا في «الفوائد الظهيرية».

قوله: وَهَذِهِ تُجَانِسُ مَا قَبْلَهَا مِنْ حَيْثُ المَعْنَى، أي: هذه المسائل الثلاث، وهي **قوله**: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً فَمَاتَتْ قَبْلَ قَوْلِهِ وَاحِدَةً، وكذا لو ماتت قبل قوله: ثنتين، أو ماتت قبل قوله: ثلاثـًا، يُوافق ما قبلها وهو **قوله**: وَإِذَا طَلَّقَ رَجُلٌ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا وَقَعْنَ عَلَيْهَا، من حيث الدليل، وهو أن الواقع فيهما جميعـًا ذكر العدد لا ذكر الوصف وحده، إلا أن الحكم اختلف بينهما؛ لما أن ذكر العدد الذي هو الواقع في هذه المسائل الثلاث صادفَ المرأة وهيَ ميتة، فلم يقع الطلاق أصلًا، وهُناك لمَّا لم يقع الطلاق بذكر الوصف بنفسه بل بالعدد وصادفها العدد، وهي منكوحة حيَّة وقع الثلاث، لكون الواقع هو العدد فكان الاعتبار في الصُّورتين للعدد لا للوصف.

قوله: وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً قَبْلَ وَاحِدَةٍ أَوْ بَعْدَهَا وَاحِدَةٌ وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ، وجنسُ هذه المسائل ينبني على أصلين، كذا في «المبسوط».

والأصلان مذكوران في الكتاب:

أحدهما **قوله**: وَالأَصْلُ أَنَّهُ مَتَى ذَكَرَ شَيْئَيْنِ، والآخر **قوله**: وَإِيقَاعُ الطَّلَاقِ فِي المَاضِي

فِي المَاضِي إيقَاعٌ فِي الحَالِ لِأَنَّ الإِسْنَادَ لَيْسَ فِي وُسْعِهِ فَالقَبْلِيَّةُ فِي قَوْلِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً قَبْلَ وَاحِدَةٍ صِفَةٌ لِلْأُولَى فَتَبِينُ بِالأُولَى فَلَا تَقَعُ الثَّانِيَةُ، وَالبَعْدِيَّةُ فِي قَوْلِهِ بَعْدَهَا وَاحِدَةٌ صِفَةٌ لِلْأَخِيرَةِ فَحَصَلَتِ الإِبَانَةُ بِالأُولَى (وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً قَبْلَهَا وَاحِدَةٌ تَقَعُ ثِنْتَانِ) لِأَنَّ القَبْلِيَّةَ صِفَةٌ لِلثَّانِيَةِ لِاتِّصَالِهَا بِحَرْفِ الكِنَايَةِ فَاقْتَضَى إِيقَاعَهَا فِي المَاضِي وَإِيقَاعَ الأُولَى فِي الحَالِ، غَيْرَ أَنَّ الإِيقَاعَ فِي المَاضِي إِيقَاعٌ فِي الحَالِ أَيْضًا فَيَقْتَرِنَانِ فَيَقَعَانِ (وَكَذَا إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً بَعْدَ وَاحِدَةٍ تَقَعُ ثِنْتَانِ) لِأَنَّ البَعْدِيَّةَ صِفَةٌ لِلْأُولَى فَاقْتَضَى إِيقَاعَ الوَاحِدَةِ فِي الحَالِ وَإِيقَاعَ الأُخْرَى

إِيقَاعٌ فِي الحَالِ، ثم لمَّا ثبت أنه متى أدخل الظرف بين شيئين، ولم يقرنها بهاء الكناية كان صفةً للمذكور أولًا، فكانت صفة القبلية في **قوله**: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً قَبْلَ وَاحِدَةٍ، صفة للواحدة الأولى، فسبقت الواحدة الأولى بالوقوع قبل الثانية، فبانت لا إلى عدَّة؛ لأنها غير مدخولة فلم تقع الثانية، فكان معنى **قوله**: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً قَبْلَ وَاحِدَةٍ، صفة للواحدة الأولى، أي: قبل واحدة أخرى تقع عليك فتبيَّن بالأولى.

وكذلك **قوله**: أَوْ بَعْدَهَا وَاحِدَةٌ، أي: بعدها واحدة أخرى تقع عليك فبانت بالأولى قبل أن تقع الأخرى.

قوله: وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً قَبْلَهَا وَاحِدَةٌ تَقَعُ ثِنْتَانِ؛ لِأَنَّ القَبْلِيَّةَ صِفَةٌ لِلثَّانِيَةِ لِاتِّصَالِهَا بِحَرْفِ الكِنَايَةِ، فصار كأنه قال قبلها أخرى وقعت عليك، وهذا منهُ إسنادٌ للثانية إلى وقت ماضٍ، فيكون مُوقعًا لها في الحال مع الأولى، فكان وقوع الواحدة بالإنشاء والثانية بالإقرار فيقع ثنتان.

قوله: وَكَذَا إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً بَعْدَ وَاحِدَةٍ تَقَعُ ثِنْتَانِ؛ لِأَنَّ البَعْدِيَّةَ صِفَةٌ لِلْأُولَى، فيكون معناهُ أنت طالق واحدة بعد واحدة أخرى قد وقعت عليك، فاقتضى إيقاع الواحدة في الحال وإيقاعُ الأخرى قبل هذه، فكان وقوع الواحدة بالإنشاء، والأخرى بالإقرار

قَبْلَ هَذِهِ فَتَقْتَرِنَانِ (وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً مَعَ وَاحِدَةٍ أَوْ مَعَهَا وَاحِدَةٌ تَقَعُ ثِنْتَانِ) لِأَنَّ كَلِمَةَ مَعَ لِلْقِرَانِ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ فِي قَوْلِهِ: مَعَهَا وَاحِدَةٌ أَنَّهُ تَقَعُ وَاحِدَةٌ لِأَنَّ الكِنَايَةَ تَقْتَضِي سَبْقَ المُكَنَّى عَنْهُ لا مَحَالَةَ.

(وَفِي المَدْخُولِ بِهَا تَقَعُ ثِنْتَانِ فِي الوُجُوهِ كُلِّهَا) لِقِيَامِ المَحَلِّيَّةِ بَعْدَ وُقُوعِ الأُولَى (وَلَوْ قَالَ لَهَا: إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً فَدَخَلَتْ وَقَعَتْ عَلَيْهَا وَاحِدَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: تَقَعُ ثِنْتَانِ، وَلَوْ قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَدَخَلَتْ طَلُقَتْ ثِنْتَيْنِ) بِالِاتِّفَاقِ، لَهُمَا أَنَّ حَرْفَ الوَاوِ لِلْجَمْعِ المُطْلَقِ فيكون ثنتين.

قوله: وَفِي المَدْخُولِ بِهَا تَقَعُ ثِنْتَانِ فِي الوُجُوهِ كُلِّهَا، وهذا الجواب مشكلٌ في قوله: أَنتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً قَبْلَ وَاحِدَةٍ؛ لأن كون الشيء يقعُ قبل غيره لا يقتضي وجود ذلك الغير على ما ذكره محمد رحمه الله في «الزيادات»، ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾ [المجادلة: ٣]، وإلى قوله تعالى: ﴿لَنَفِدَ ٱلْبَحْرُ قَبْلَ أَن تَنفَدَ كَلِمَٰتُ رَبِّي﴾ [الكهف: ١٠٩]، وقال النبي صلَّى الله عليه وسلم: «خلِّلوا أصابعكم قبل أن تتخللها نار جهنم»، وجوابه مذكور في «أصول الجامع»، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: لَهُمَا أَنَّ حَرْفَ الوَاوِ لِلْجَمْعِ المُطْلَقِ، دون الترتيب، بدليل تعلق الكل بالشرط من غير وقوع في الحال، فلو كان للترتيب في مثل هذه الحالة لما تعلق الكل، كما في كلمة (ثمَّ) عند أبي حنيفة رضي الله عنه، ولما عرف من أصلنا في آية الوضوء.

ولأن قوله: وَوَاحِدَةً، جملة ناقصة معطوفة على الجملة التامة، والمذكور في الجملة التامة يصير مُعادًا في الجملة الناقصة، كما في قوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي لَمْ يَحِضْنَ﴾ [الطلاق: ٤]، معناه: فعدتُهن ثلاثة أشهر، فهاهُنا يصير كأنه قال ثانياً: وأنت طالق واحدة إن دخلت الدار، ولو صرح بهذا ثم دخلت الدار طُلقت ثنتين، فكذا هُنا، كذا في «المبسوط».

فَتَعَلَّقْنَ جُمْلَةً كَمَا إِذَا نَصَّ عَلَى الثَّلَاثِ أَوْ أَخَّرَ الشَّرْطَ، وَلَهُ أَنَّ الجَمْعَ المُطْلَقَ يَحْتَمِلُ القِرَانَ وَالتَّرْتِيبَ، فَعَلَى اعْتِبَارِ الأَوَّلِ تَقَعُ ثِنْتَانِ، وَعَلَى اعْتِبَارِ الثَّانِي لا تَقَعُ إِلَّا وَاحِدَةٌ كَمَا إِذَا نَجَزَ بِهَذِهِ اللَّفْظَةِ فَلَا يَقَعُ الزَّائِدُ عَلَى الوَاحِدَةِ بِالشَّكِّ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَخَّرَ الشَّرْطَ لِأَنَّهُ مُغَيِّرٌ صَدْرَ الكَلَامِ فَيَتَوَقَّفُ الأَوَّلُ عَلَيْهِ فَيَقَعْنَ جُمْلَةً وَلَا مُغَيِّرَ فِيمَا إِذَا قَدَّمَ الشَّرْطَ فَلَمْ يَتَوَقَّفْ، وَلَوْ عَطَفَ بِحَرْفِ الفَاءِ فَهُوَ عَلَى هَذَا الخِلَافِ

قوله: كَمَا إِذَا نَجَزَ بِهَذِهِ اللَّفْظَةِ، بأن قال لها: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً، فإنه يقع واحدة بالاتفاق على ما مرَّ، والمعلق بالشرط كالملفوظ به عند وجود الشرط، فلذلك اعتبر بالمنجز.

فإن قلتَ: لا نُسلم صحة اعتبار المعلق بالمنجَّز مطلقاً في حق تفريق الطلقات، فإن تفريق الوقوع في التنجيز لا يدل على تفريق الوقوع في التعليق، ألا ترى أن من قال لامرأته التي لم يدخل بها: إن دخلتِ الدار فأنت طالق واحدة لا بل ثنتين، فدخلت الدار تطلق ثلاثاً، ولو نجز بهذا اللفظ قبل الدخول بها لم تقع إلا واحدة؛ لما أن المنجز طلاق فتبينُ بالأولى، والمعلق بالشرط ليس بطلاق، بل يجتمع جملة، ثم عند الوقوع يقَعْن جملة، فعُلِم بهذا أن اعتبار المعلق بالمنجّز غير صحيح.

قلتُ: بل يصح اعتبارُه بالمنجز؛ لأن الواو في اللغة لعطفِ مُطلقٍ من غير أن يقتضي جمعاً ولا ترتيباً، كما في قوله: جاءني زيد وعمرٌو، ولا يقتضي جمعاً ولا ترتيباً، وهذا الأصل لا يختلف بين التنجيز والتعليق.

وأمَّا قوله: إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة لا بل ثنتين، فإنما كان كذلك؛ لأن (لا بل) لاستدراك العطف بإقامة الثاني مقام الأول، وقد صحَّ ذلك في التعليق لبقاء المحل بعدما تعلق الأوَّلُ بالشرط، فتتعلق الثنتان بذلك الشرط بلا واسطة كالأوَّل، فصار كأنه أعاد الشرط في حق الثنتين، عملاً بموجب (لا بل)، بخلاف ما إذا نجز بقوله: لا بل؛ لأنَّها بانت بالأولى فلم يصح منه التكلم بالثنتين لعدم المحل؛ فأمَّا إذا قال: الثانية والثالثة بدون حرف العطف، بأن قال: إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة واحدة، ثم دخلت طلقت واحدة

فِيمَا ذَكَرَ الكَرْخِيُّ، وَذَكَرَ الفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ أَنَّهُ يَقَعُ وَاحِدَةً بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّ الفَاءَ لِلتَّعْقِيبِ وَهُوَ الأَصَحُّ.

(وَأَمَّا الضَّرْبُ الثَّانِي وَهُوَ الكِنَايَاتُ لا يَقَعُ بِهَا الطَّلَاقُ إِلَّا بِالنِّيَّةِ أَوْ بِدَلَالَةِ الحَالِ) لِأَنَّهَا غَيْرُ مَوْضُوعَةٍ لِلطَّلَاقِ بَلْ تَحْتَمِلُهُ وَغَيْرَهُ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّعْيِينِ أَوْ دَلَالَتِهِ.

بالاتفاق؛ لأنه ما عطف الثانية والثالثة على الأولى، فتتعلق الأولى وتلغوا الثانية والثالثة، وأمَّا إذا ذكر الثانية بالفاء فقد ذكر حكمه في الكتاب، هذا إذا كان تعليق الثانية والثالثة في الطلاق.

وأمَّا إذاكان في الظهار والإيلاء بأن قال: إن دخلت الدار، أو إن تزوجتك فأنت طالق، وأنت عليَّ كظهر أمي، ووالله لا أقربك، ثم دخلت الدار أو تزوَّجها طلقت، وسقط عنه الإيلاء والظهار عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن تعليقها بالشرط بواسطة الطلاق، فيسبق وقوع الطلاق وتبين لا إلى عدَّة، فلا يكون مظاهرًا ولا مُوليـًا منها بعد ما خرجت عن ملكه، وهو عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله مطلق مظاهر مولى؛ لأن الكل تعلق بالتزوج عندهما جملةً.

ولو قال: إذا تزوجتك فوالله لا أقربك، وأنت عليَّ كظهر أمي، وأنت طالق ثم تزوجها، وقع هذا كله عليها، أمَّا عندهما فلا إشكال، وعند أبي حنيفة رحمه الله فلأنه يسبق الإيلاء ويكون بعده محلًّا للظهار، فيصير مظاهرًا، ثم يكون بعدهما محلًّا للطلاق فيقع الطلاق أيضـًا، وعلى هذا حكم التعليق بدخول الدار، كذا في «المبسوط».

قوله: وَأَمَّا الضَّرْبُ الثَّانِي وَهُوَ الكِنَايَاتُ، ذكر في أول باب إيقاع الطلاق، أن الطلاق على ضربين: صريح وكناية، وفرغ من بيان أنواع الصريح ثمَّ شرع هاهُنا في بيان أنواع الكناية.

وإنَّما قدَّم ذكر الصريح؛ لما أن الأصل في الكلام هو الصريح؛ إذ الكلام وضع للإفهام، والإفهام الكامل في الصريح، وأمَّا الكناية ففيها ضرب قصور حتى ظهر أثره فيما يُدرأ بالشبهات من الحدود.

قوله: أَوْ بِدَلَالَةِ الحَالِ؛ لما أن دلالة الحال تصلح دليلًا على المراد، كما إذا تبايعا بالدراهم المطلقة تصرف هيَ إلى غالب نقد البلد بدلالة حال المتعاقدين بدلالة يُسر

قَالَ: (وَهِيَ عَلَى ضَرْبَيْنِ: مِنْهَا ثَلَاثَةُ الفَاظٍ يَقَعُ بِهَا الطَّلَاقُ الرَّجْعِيُّ وَلَا يَقَعُ بِهَا إِلَّا وَاحِدَةٌ، وَهِيَ قَوْلُهُ: اعْتَدِّي وَاسْتَبْرِئِي رَحِمَكِ وَأَنْتِ وَاحِدَةٌ) أَمَّا الأُولَى فَلِأَنَّهَا تَحْتَمِلُ الِاعْتِدَادَ عَنِ النِّكَاحِ وَتَحْتَمِلُ اعْتِدَادَ نِعَمِ اللهِ تَعَالَى، فَإِنْ نَوَى الأَوَّلَ تَعَيَّنَ بِنِيَّتِهِ فَيَقْتَضِي طَلَاقًا سَابِقًا وَالطَّلَاقُ يُعْقِبُ الرَّجْعَةَ، وَأَمَّا الثَّانِيَةُ فَلِأَنَّهَا تُسْتَعْمَلُ بِمَعْنَى الِاعْتِدَادِ لِأَنَّهُ تَصْرِيحٌ بِمَا هُوَ المَقْصُودُ مِنْهُ فَكَانَ بِمَنْزِلَتِهِ،

إصابتهما إيَّاه، وكذلك إذا أطلق النية في الحج تقع نيته عن الفرض بدلالة حال الحاج؛ لأنَّ تحمل المشاق يدل ظاهرًا على أن غرضه الأهم هو الفرض، فكذلك هاهُنا.

قوله: أَمَّا الأُولَى؛ أي في **قوله:** اعْتَدِّي، أنَّثه على تأويل الكلمة.

قوله: فَإِنْ نَوَى الأَوَّلَ تَعَيَّنَ بِنِيَّتِهِ فَيَقْتَضِي طَلَاقًا سَابِقًا وَالطَّلَاقُ يُعْقِبُ الرَّجْعَةَ، وذكر في «النوادر»: هذا استحسان، والقياس أن يكون بائنـًا اعتبارًا بسائر الكنايات، وإنما استحسنا بحديث سودة رضي الله عنها وهو معروف، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان.

وهذا، أي: القول بالاقتضاء والرجعة إذا كان قاله بعد الدخول، فأمَّا إذا كان قاله قبل الدخول جعل **قوله:** اعْتَدِّي، قائمـًا مقام قوله: كوني طالقـًا، بطريق الاستعارة، فكان الحكم وهو الاعتداد مُستعارًا لسببه وهو الطلاق، واستعارة الحكم للسبب جائزة إذا كان مخصوصـًا به، قال الله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا قُمۡتُمۡ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ﴾ [المائدة: ٦]، أي إذا أردتم القيام إليها، والأفعال الاختيارية مخصوصة بالإرادة السابقة عليها، وقال الله تعالى: ﴿إِنِّيٓ أَرَىٰنِيٓ أَعۡصِرُ خَمۡرٗاۖ﴾ [يوسف: ٣٦]، أي: عنبـًا والخمر مخصوصة بالعنب، والاعتداد شرعـًا بطريق الإصالة إنما هو في الطلاق، وأمَّا في غير الطلاق فبالعارض كالموت، وحدوث حرمة المصاهرة وارتداد الزوج وغيرها.

قوله: وَأَمَّا الثَّانِيَةُ، وهي **قوله:** اسْتَبْرِئِي، واستبراء الجارية طلب براءة رحمها من الحمل، كذا في «المغرب».

قوله: فَلِأَنَّهَا تُسْتَعْمَلُ بِمَعْنَى الِاعْتِدَادِ، فحينئذٍ كان **قوله:** اعْتَدِّي، **وقوله:** اسْتَبْرِئِي، سواءً.

وَتَحْتَمِلُ الِاسْتِبْرَاءَ لِيُطَلِّقَهَا، وَأَمَّا الثَّالِثَةُ فَلِأَنَّهَا تَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ نَعْتًا لِمَصْدَرٍ مَحْذُوفٍ مَعْنَاهُ تَطْلِيقَةٌ وَاحِدَةٌ، فَإِذَا نَوَاهُ جُعِلَ كَأَنَّهُ قَالَهُ، وَالطَّلَاقُ يُعْقِبُ الرَّجْعَةَ، وَيَحْتَمِلُ غَيْرَهُ وَهُوَ أَنْ تَكُونَ وَاحِدَةً عِنْدَهُ أَوْ عِنْدَ قَوْمِهِ، وَلَمَّا احْتَمَلَتْ هَذِهِ الْأَلْفَاظُ الطَّلَاقَ وَغَيْرَهُ تَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى النِّيَّةِ وَلَا تَقَعُ إِلَّا وَاحِدَةٌ لِأَنَّ قَوْلَهُ: أَنْتِ طَالِقٌ فِيهَا مُقْتَضًى أَوْ مُضْمَرٌ، وَلَوْ كَانَ مُظْهَرًا لَا تَقَعُ بِهَا إِلَّا وَاحِدَةٌ، فَإِذَا كَانَ مُضْمَرًا أَوْلَى، وَفِي قَوْلِهِ وَاحِدَةٌ وَإِنْ صَارَ الْمَصْدَرُ مَذْكُورًا لَكِنَّ التَّنْصِيصَ عَلَى الْوَاحِدَةِ يُنَافِي نِيَّةَ الثَّلَاثِ، وَلَا مُعْتَبَرَ بِإِعْرَابِ الْوَاحِدَةِ عِنْدَ عَامَّةِ الْمَشَايِخِ هُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّ الْعَوَامَّ

ثم قوله: اعْتَدِّي، يعقب الرجعة، فكذا: اسْتَبْرِئِي، فكان إلحاق قوله: اسْتَبْرِئِي، لقوله: اعْتَدِّي، في حق إثبات الرجعة صحيحاً.

وأمّا في حق احتمال الاعتداد لنعم الله فلا يصح إلحاق الاستبراء به، فلا بُدَّ من إثبات معنى آخر للاستبراء حتى يكون هو من ألفاظ الكناية به، فيحتاج إلى النية؛ لأنه لو لم يثبت له معنى آخر سوى ما أُلحق به من معنى الاعتداد عن النكاح كان هو متعيناً في الطلاق، فيقع به الطلاق حينئذٍ بدون النية، كما في قوله: اعْتَدِّي، إذا نوى به الاعتدادَ عن النكاح يقع الطلاق بلا توقف، فكذا في: اسْتَبْرِئِي، وليس كذلك، بل هو من ألفاظ الكناية.

وكان قوله: وَتَحْتَمِلُ الِاسْتِبْرَاءَ لِيُطَلِّقَهَا، لإثبات ذلك المعنى؛ يعني قوله: اسْتَبْرِئِي رَحِمَكِ، يحتمل أن يكون معناه اطلبي براءة رحمك حتى تعلمين أنَّها فارغة عن الولد أم لا، فإن كانت فارغة أطلقك، وإلا فلا، فلو كانت نيته هكذا لا يقع الطلاق، ولو كانت نيته الاعتداد عن النكاح يقع كما في: اعْتَدِّي، فلذلك احتاج إلى النية.

قوله: لِأَنَّ قَوْلَهُ: أَنْتِ طَالِقٌ فِيهَا مُقْتَضًى، أي: في قوله: اعْتَدِّي وَاسْتَبْرِئِي، على ما ذكر.

قوله: أَوْ مُضْمَرٌ، أي في قوله: أَنْتِ وَاحِدَةٌ، فإن تقديره: أنت طالق طلقة واحدة.

قوله: وَلا مُعْتَبَرَ بِإِعْرَابِ الْوَاحِدَةِ عِنْدَ عَامَّةِ الْمَشَايِخِ هُوَ الصَّحِيحُ، هذا احتراز عن قول

لا يُمَيِّزُونَ بَيْنَ وُجُوهِ الإِعْرَابِ.

قَالَ: (وَبَقِيَّةُ الكِنَايَاتِ إِذَا نَوَى بِهَا الطَّلَاقَ كَانَتْ وَاحِدَةً بَائِنَةً، وَإِنْ نَوَى ثَلَاثًا كَانَتْ ثَلَاثًا، وَإِنْ نَوَى ثِنْتَيْنِ كَانَتْ وَاحِدَةً بَائِنَةً، وَهَذَا مِثْلُ قَوْلِهِ: أَنْتِ بَائِنٌ، وَبَتَّةٌ، وَبَتْلَةٌ، وَحَرَامٌ، وَحَبْلُكِ عَلَى غَارِبِكِ، وَالْحَقِي بِأَهْلِكِ، وَخَلِيَّةٌ، وَبَرِيَّةٌ، وَوَهَبْتُكِ لِأَهْلِكِ، وَسَرَّحْتُكِ، وَفَارَقْتُكِ، وَأَمْرُكِ بِيَدِكِ، وَاخْتَارِي، وَأَنْتِ حُرَّةٌ، وَتَقَنَّعِي، وَتَخَمَّرِي، وَاسْتَتِرِي، وَاغْرُبِي، وَاخْرُجِي، وَاذْهَبِي، وَقُومِي، وَابْتَغِي الأَزْوَاجَ) لِأَنَّهَا تَحْتَمِلُ الطَّلَاقَ وَغَيْرَهُ فَلَا بُدَّ مِنَ النِّيَّةِ.

قَالَ: (إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي حَالِ مُذَاكَرَةِ الطَّلَاقِ) فَيَقَعُ بِهَا الطَّلَاقُ فِي القَضَاءِ، وَلَا يَقَعُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللهِ تَعَالَى إِلَّا أَنْ يَنْوِيَهُ، قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: سَوَّى بَيْنَ هَذِهِ الأَلْفَاظِ وَقَالَ: وَلَا يُصَدَّقُ فِي القَضَاءِ إِذَا كَانَ فِي حَالِ مُذَاكَرَةِ الطَّلَاقِ، قَالُوا: وَهَذَا فِيمَا لَا يَصْلُحُ رَدًّا، وَالجُمْلَةُ فِي ذَلِكَ أَنَّ الأَحْوَالَ ثَلَاثَةٌ: حَالَةٌ مُطْلَقَةٌ وَهِيَ حَالَةُ

بعضهم، فإنَّهم قالوا: إنما يقع الطلاق بقوله: أنت واحدة، إذا نصبها ليكون صفة للمطلقة، أمَّا إذا رفعها فلا يقع؛ لأنَّها حينئذٍ تكون صفة شخصها، وقيل: هو قول محمد رحمه الله، وعند أبي يوسف رحمه الله يقع الطلاق في الأحوال كلها؛ لأن عند نية الطلاق يعلم أن غرضه نعت الطلاق لكن أخطأ في الإعراب، وإن أسكن الإعراب اختلف المشايخ فيه، كذا في «مبسوط فخر الإسلام» رحمه الله.

وقال بعضهم: إن أعراب الواحدة بالنصب يقع من غير نية.

قلنا: هو لا يكاد يصح؛ لأن الواحدة وإن انتصبت كما تصلح نعتاً للمطلقة تصلح نعتاً للمرأة، ألا ترى أنه يستقيمُ أن يقال: أنت ضاربة ضربةً واحدةً، إذا كان كذلك لا يقع بدون النية، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: سَوَّى بَيْنَ هَذِهِ الأَلْفَاظِ، أي: القدوري رحمه الله.

الرِّضَا، وَحَالَةُ مُذَاكَرَةِ الطَّلَاقِ، وَحَالَةُ الغَضَبِ.

وَالكِنَايَاتُ ثَلَاثَةُ أَقْسَامٍ: مَا يَصْلُحُ جَوَابًا وَرَدًّا، وَمَا يَصْلُحُ جَوَابًا لا رَدًّا، وَمَا يَصْلُحُ جَوَابًا وَسَبًّا وَشَتِيمَةً، فَفِي حَالَةِ الرِّضَا لا يَكُونُ شَيْءٌ مِنْهَا طَلَاقًا إلَّا بِالنِّيَّةِ، فَالقَوْلُ قَوْلُهُ فِي إنْكَارِ النِّيَّةِ لِمَا قُلْنَا، وَفِي حَالَةِ مُذَاكَرَةِ الطَّلَاقِ لا يُصَدَّقُ فِيمَا يَصْلُحُ جَوَابًا وَلَا يَصْلُحُ رَدًّا فِي القَضَاءِ، مِثْلُ قَوْلِهِ خَلِيَّةٌ بَرِيَّةٌ بَائِنٌ بَتَّةٌ حَرَامٌ اعْتَدِّي أَمْرُكِ بِيَدِكِ اخْتَارِي؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ مُرَادَهُ الطَّلَاقُ عِنْدَ سُؤَالِ الطَّلَاقِ، وَيُصَدَّقُ فِيمَا

قوله: وَالكِنَايَاتُ ثَلَاثَةُ أَقْسَامٍ: مَا يَصْلُحُ جَوَابًا وَرَدًّا، وهو سبعة: اخْرُجِي، اذْهَبِي، اغْرُبِي، قُومِي، تَقَنَّعِي، اسْتَبْرِئِي، تَخَمَّرِي.

أمَّا صلاحية هذه الألفاظ للرد أن يرد الزوج **بقوله:** اخْرُجِي، أي: اتركي سؤال الطلاق، وكذلك: اذْهَبِي، اغْرُبِي، قُومِي.

وأمَّا تَقَنَّعِي فمن القناعة، وقيل: من القناع وهو الخمار، ومعنى الردّ فيه هو أن ينوي: واقنعي بما رزقك الله مني من أمر المعيشة، واتركي سؤال الطلاق، واشتغلي بالتقنع الذي هو أهم لك من سؤال الطلاق؛ إذ كشف الرأس يشينك، والتقنع يزينك.

وكذا **قوله:** اسْتَتِرِي، تَخَمَّرِي؛ لأنَّهما من الستر والخمار.

قوله: وَمَا يَصْلُحُ جَوَابًا لا رَدًّا، ثمانية ألفاظ: خَلِيَّةٌ، بَرِيَّةٌ، بَائِنٌ، بَتَّةٌ، حَرَامٌ، اعْتَدِّي، أَمْرُكِ بِيَدِكِ، اخْتَارِي.

ولكن الخمسة الأول تصلح للجواب وتصلح للسبب، والثلاثة الأخر وهي: اعْتَدِّي، اخْتَارِي، أَمْرُكِ بِيَدِكِ، تصلح للجواب ولا تصلح للسبب، ولكن في عدم الصلاحية للرد تشترك الثمانية؛ لأن الظاهر أنَّ مُراده الطلاق عند سؤال الطلاق، والقاضي مأمور باتباع الظاهر؛ ولأن كلامه جواب لسؤالها الطلاق، وما تقدم من السؤال يصير معادًا في الجواب، ألا ترى أن الرجل إذا قال لغيره: لي عليك ألف درهم، فقال: نعم كان إقرارًا بالمال، وإذا

يَصْلُحُ جَوَابًا وَرَدًّا مِثْلُ قَوْلِهِ: اذْهَبِي أُخْرُجِي قُومِي تَقَنَّعِي تَخَمَّرِي وَمَا يَجْرِي هَذَا المَجْرَى، لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ الرَّدَّ وَهُوَ الأَدْنَى فَحُمِلَ عَلَيْهِ، وَفِي حَالَةِ الغَضَبِ يُصَدَّقُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ لِاحْتِمَالِ الرَّدِّ وَالسَّبِّ، إِلَّا فِيمَا يَصْلُحُ لِلطَّلَاقِ وَلَا يَصْلُحُ لِلرَّدِّ وَالشَّتْمِ كَقَوْلِهِ: اعْتَدِّي وَاخْتَارِي وَأَمْرُكِ بِيَدِكِ فَإِنَّهُ لا يُصَدَّقُ فِيهَا لِأَنَّ الغَضَبَ يَدُلُّ عَلَى إِرَادَةِ الطَّلَاقِ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ فِي قَوْلِهِ: لا مِلْكَ لِي عَلَيْكِ وَلا سَبِيلَ

قال: أعتقت عبدك، فقال: نعم، كان إقرارًا بالعتق، فاللفظ واحد فيصير كأن الزوج قيَّد كلامه بما سألت، وهو الطلاق.

قوله: وَمَا يَجْرِي هَذَا المَجْرَى، مثل: اغْرُبِي وَاسْتَتِرِي.

قوله: وَفِي حَالَةِ الغَضَبِ يُصَدَّقُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ لِاحْتِمَالِ الرَّدِّ وَالسَّبِّ، احتمال الرد في السبعة المذكورة، مثل: أُخْرُجِي وَاذْهَبِي، واحتمال السبِّ في الخمسة المذكورة التي في أوائل الثمانية وهي: خَلِيَّةٌ بَرِيَّةٌ بَائِنٌ بَتَّةٌ حَرَامٌ.

ثم وجه احتمال هذه الخمسة معنى السب، فإن قوله: أنت خلية نسبة إلى الشرِّ، أي: خلية من الخير، بريَّة من حُسن الخلق أو أفعال المسلمين، بتَّة أي: لا أصل لك، بائن من الخيرات، حرام الصحبة والعِشرة لسوء خلقك.

قوله: إِلَّا فِيمَا يَصْلُحُ لِلطَّلَاقِ وَلَا يَصْلُحُ لِلرَّدِّ وَالشَّتْمِ، وذلك ثلاثة ألفاظ: اعْتَدِّي، اخْتَارِي، أَمْرُكِ بِيَدِكِ، وهذا الاستثناء من **قوله**: وَفِي حَالَةِ الغَضَبِ يُصَدَّقُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ، إلا في هذه الثلاثة.

ثمَّ الفرق في حق هذه الثلاثة بين حالة الرضا وحالة الغضب في حكم اللفظ ظاهرٌ، ألا ترى أن من يقول لغيره في حالة الرضا: لست لأبيك لا يكون قاذفاً له، ولو قال في حالة الغضب كان قاذفاً له ملتزماً الحد.

قوله: وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ، إلى **قوله**: أَنَّهُ يُصَدَّقُ فِي حَالَةِ الغَضَبِ، وألحقَ

لِي عَلَيْكِ وَخَلَّيْتُ سَبِيلَكِ وَفَارَقْتُكِ، أَنَّهُ يُصَدَّقُ فِي حَالَةِ الغَضَبِ لِمَا فِيهَا مِنِ احْتِمَالِ مَعْنَى السَّبِّ.

أبو يوسف خمسة ألفاظ أخرى وهي: خَلَّيْتُ سَبِيلَكِ، وَلا سَبِيلَ لِي عَلَيْكِ، وَفَارَقْتُكِ، وَلا مِلْكَ لِي عَلَيْكِ، وألحقي بأهلك، بتلك الخمسة المذكورة التي تحتمل السبّ؛ لأن فيها معنى السَّبّ أيضاً، فإنَّ قوله: لا ملك لي عليك، أي: لأنك أقلُّ من أن أملكك أو أنسبك إلى نفسي بالملك، ولا سبيل لي عليك لسوءِ خلقك، واجتماع أنواع الشر فيك، وخليت سبيلك كراهية مني لصحبتك، ولا ألتفت إليك بعد هذا لسُوء خلقك، فارقتك أي في المسكن لسوء خلقك، وألحقى بأهلك بمعنى فارقتك، ولمَّا كان في هذه الألفاظ احتمال معنى السب لسوء الخلق، وحالة الغضب يدل على ذلك، كان مُديّناً في القضاء إذا لم يرد الطلاق، كذا في «الجامع الصغير» لشمس الأئمة السرخسي رحمه الله، و«المحيط»، و«الفوائد».

فالحاصل أن ألفاظ الكناية عشرون، في الكل يُصدَّق قبل ذكر الطلاق وقبل الغضب، فأما بعد ذكر الطلاق فينقسم على قسمين، في سبعة منها يُصدق قضاءً كما يصدق في الكل قبل ذكر الطلاق، وهي: اخرجى وأخواته، وفي غير السبعة لا يصدق بعد ذكر الطلاق، وهي ثلاثة عشر لفظاً: خليَّة، بريَّة، بتَّة، بائن، حرام، اعتدي، اختاري، أمرك بيدك، على الروايات الظاهرة، خليت سبيلك، فارقتُك، لا سبيل لي عليك، لا ملك لي عليك، ألحقي بأهلك فيما رُوي عن أبي يوسف رحمه الله.

وأمَّا بعد الغضب فهذه الثلاثة عشر تنقسم على قسمين: لا يصدق في ثلاثة، وهي: اعتدي، اختاري، أمرك بيدك، ويُصدق في العشرة، وهي الخمسة المذكورة في ظاهر الرواية، والخمسة المُلحقة بِها برواية أبي يوسف هذا الذي ذكرتُه من إلحاق ما رُوي عن أبي يوسف، وهي خمسة ألفاظ بالخمسة المذكورة في ظاهر الرواية، وهو رواية هذا الكتاب، وفي رواية «الجامع الصغير» لشمس الائمة السرخسي رحمه الله، ورواية «الإيضاح» وغيرها.

وأمَّا رواية «الجامع الصغير» لفخر الإسلام رحمه الله، ورواية «الفوائد الظهيرية»: فالخمسة المرويَّة عن أبي يوسف ملحقة بالألفاظ الثلاثة التي لا يُديّن الزوج في حالة الغضب

ثُمَّ وُقُوعُ البَائِنِ بِمَا سِوَى الثَّلَاثَةِ الأُوَلِ مَذْهَبُنَا، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَقَعُ بِهَا رَجْعِيًّا لِأَنَّ الوَاقِعَ بِهَا طَلَاقٌ، لِأَنَّهَا كِنَايَاتٌ عَنِ الطَّلَاقِ وَلِهَذَا تُشْتَرَطُ النِّيَّةُ وَيُنْتَقَصُ بِهِ العَدَدُ، وَالطَّلَاقُ مُعْقِبٌ لِلرَّجْعَةِ كَالصَّرِيحِ.

وَلَنَا أَنَّ تَصَرُّفَ الإِبَانَةِ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ مُضَافًا إِلَى مَحِلِّهِ عَنْ وِلَايَةٍ شَرْعِيَّةٍ، وَلَا خَفَاءَ فِي الأَهْلِيَّةِ وَالمَحَلِّيَّةِ، وَالدَّلَالَةُ عَلَى الوِلَايَةِ أَنَّ الحَاجَةَ مَاسَّةٌ إِلَى إِثْبَاتِهَا كَيْ لَا يَنْسَدَّ عَلَيْهِ بَابُ التَّدَارُكِ وَلَا يَقَعُ فِي عُهْدَتِهَا بِالمُرَاجَعَةِ مِنْ غَيْرِ قَصْدٍ، وَلَيْسَتْ كِنَايَاتٍ عَلَى التَّحْقِيقِ لِأَنَّهَا عَوَامِلُ فِي حَقَائِقِهَا.

أيضـًا، كما لا يُدين في حالة مُذاكرة الطلاق، وهي: اعتدي، اختاري، أمرك بيدك.

ثم الكنايات على نوعين:

كناية في إنشاء الطلاق، كقوله: أنت بائنٌ وحرام ونحوهما.

وكناية في تفويض الطلاق، كقوله: اختاري، وأمرك بيدك، فإنه لا يكون الأمرُ بيدها بهذين اللفظين إلا عند نيَّة الزوج الطلاقَ، فبهذا التخيير لا يقع الطلاق بهما وإن كان في مذاكرة الطلاق، إلا بعد أن تقول المرأة طلقتُ نفسي، فذكرهما من باب كناية الطلاق هاهُنا باعتبار احتمالهما معنى آخر سوى الطلاق، من اختيار الدخول، والخروج، والطبخ، والخبز.

قوله: لِأَنَّ الوَاقِعَ بِهَا طَلَاقٌ، والطلاق متعقب للرجعة بالنص.

قوله: وَلِهَذَا تُشْتَرَطُ النِّيَّةُ؛ أي: نيَّة الطلاق؛ لأنه **صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ مُضَافًا إِلَى مَحِلِّهِ**، ولهذا يقال: بانت منه، وحرمت عليه.

قوله: كَيْ لَا يَنْسَدَّ عَلَيْهِ بَابُ التَّدَارُكِ، أي: تدارك دفع المرأة عن نفسه؛ وذلك لأنه لو لم تقع به البينونة عند نيته عسى توقع المرأة نفسها عليه، وقبلته بشهوة فتثبت الرجعة، والزوج يريدُ فراقها.

وَالشَّرْطُ تَعْيِينُ أَحَدِ نَوْعَيِ الْبَيْنُونَةِ دُونَ الطَّلَاقِ، وَانْتِقَاصُ الْعَدَدِ لِثُبُوتِ الطَّلَاقِ بِنَاءً عَلَى زَوَالِ الْوَصْلَةِ، وَإِنَّمَا تَصِحُّ نِيَّةُ الثَّلَاثِ فِيهَا لِتَنَوُّعِ الْبَيْنُونَةِ إِلَى غَلِيظَةٍ وَخَفِيفَةٍ، وَعِنْدَ انْعِدَامِ النِّيَّةِ يَثْبُتُ الأَدْنَى، وَلَا تَصِحُّ نِيَّةُ الِاثْنَتَيْنِ عِنْدَنَا خِلَافًا لِزُفَرَ لِأَنَّهُ عَدَدٌ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ.

(وَإِنْ قَالَ لَهَا: اعْتَدِّي اعْتَدِّي اعْتَدِّي وَقَالَ: نَوَيْتُ بِالأُولَى طَلَاقًا وَبِالبَاقِي حَيْضًا دِينَ فِي القَضَاءِ) لِأَنَّهُ نَوَى حَقِيقَةَ كَلَامِهِ، وَلِأَنَّهُ يَأْمُرُ امْرَأَتَهُ فِي العَادَةِ بِالِاعْتِدَادِ بَعْدَ الطَّلَاقِ فَكَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لَهُ (وَإِنْ قَالَ: لَمْ أَنْوِ بِالبَاقِي شَيْئًا فَهِيَ ثَلَاثٌ) لِأَنَّهُ لَمَّا

قوله: وَالشَّرْطُ تَعْيِينُ أَحَدِ نَوْعَيِ الْبَيْنُونَةِ، جواب إشكال يرد على **قوله:** وَلَيْسَتْ كِنَايَاتٍ، بأن يقال: لو لم يكن كنايات لكانت صريحًا؛ إذ ألفاظ الطلاق لا تخلو عنهما على ما مرَّ، وفي الصريح لا يحتاج إلى النية، وقد احتيج هاهُنا علم أنَّها كناية، فأجاب عنه وقال: شرطت النية لا لاعتبار أن يكون كناية عن الطلاق، بل باعتبار أن هذه الألفاظ يحتمل معانِي أُخر سوى معنى الطلاق، فاشترطت النية ليتعيَّن بها معنى الطلاق، ثم بعد تعيين جانب الطلاق بالنية، أو بدلالة الحال كانت هذه الألفاظ عاملة بحقائقها؛ إذ الحقيقة حقيق بأن يراد.

وقوله: وَإِنَّمَا تَصِحُّ نِيَّةُ الثَّلَاثِ، جواب سؤال أيضًا، وهو أن لفظ البائن لو كان عاملًا بنفسه لما صح نية الثلاث عندكم، كما لا يصح نية الثلاث في قوله: أنت طالق عندكم؛ لأنه عامل بنفسه، قلنا صحة نية الثلاث لم ينشأ من أنه عامل بنفسه، بل نشأت من تنوع البينونة إلى غليظة وخفيفة.

قوله: وَقَدْ بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ، إشارة إلى قوله في أوائل باب إيقاع الطلاق: وَنَحْنُ نَقُولُ: نِيَّةُ الثَّلَاثِ إِنَّمَا صَحَّتْ لِكَوْنِهَا جِنْسًا، إلى آخره.

قوله: وَإِنْ قَالَ: لَمْ أَنْوِ بِالبَاقِي شَيْئًا فَهِيَ ثَلَاثٌ، أي: عندنا، وعند زفر يقع واحدة، بناء

نَوَى بِالأُولَى الطَّلَاقَ صَارَ الحَالُ حَالَ مُذَاكَرَةِ الطَّلَاقِ فَتَعَيَّنَ البَاقِيَانِ لِلطَّلَاقِ بِهَذِهِ الدَّلَالَةِ فَلَا يُصَدَّقُ فِي نَفْيِ النِّيَّةِ، بِخِلَافِ مَا إذَا قَالَ: لَمْ أَنْوِ بِالكُلِّ الطَّلَاقَ حَيْثُ لا يَقَعُ شَيْءٌ لِأَنَّهُ لا ظَاهِرَ يُكَذِّبُهُ، وَبِخِلَافِ مَا إذَا قَالَ: نَوَيْتُ بِالثَّالِثَةِ الطَّلَاقَ دُونَ

على أن في قول زفر رحمه الله: اعتدي، لا يتعين للطلاق في حال مذاكرة الطلاق بدون النية، وعندنا يتعين بدلالة الحال من غير نية.

فإن قيل: ينبغي أن لا يقع؛ لأن الكلام متى أمكن حمله على الحقيقة لا يجوز حمله على المجاز، وإن كانت الحقيقة على خلاف العادة؛ لما عُرف في مسألة: لا أشرب الماء، ونوى شرب جميع المياه لا يحنث أبداً، وهاهُنا أمكن حمله على الحقيقة لمكان العدَّة على وجه لا يخالف العادة، فأولى أن لا يقع.

قلنا: الطلاق صار مرادًا بقوله: اعتدي، فكان خاطرًا بالبال، فيحمل الثانِي والثالث عليه؛ وهذا لأن اللفظ إنما يحمل على الحقيقة لخطرانها بالبال، وما كان أشد خطرًا بالبال كان أوْلى بالحمل عليه، وفي مسألة لا أشرب الماء ليس فيه داع يدعو إلى المجاز، فحمل على حقيقته فلم يحنث، إلى هذا أشار في «الفوائد الظهيرية».

قوله: فَلَا يُصَدَّقُ فِي نَفْيِ النِّيَّةِ، أي: قضاءً، ولكن يُصدّق ديانةً فيما بينه وبين الله تعالى، لمكان الاحتمال؛ لأنه نوى بالأول الإيقاع وبالثانِي والثالث التكرار؛ ولأنه نوى بالأول الإيقاع وبالثانِي الأمر بعدَّة واجبة، نظيره من قال لامرأته: أنت طالق وطالق وطالق، ثم قال: نويتُ بِهنَّ واحدة، فإنه لا يصدق قضاءً، ولكن يصدق ديانةً لما قلنا، كذا هاهُنا، كذا في «الجامع الصغير» البرهانِي.

وذكر الإمام شمس الأئمة السرخسي، والإمام قاضي خان رحمهما الله هذه المسألة على اثني عشر وجهاً:

أحدها: أن يقول: لم أنو الطلاق بشيء منها، وفي هذا كان القول قوله كما لو ذكر ذلك مرَّة.

والثانِي: أن يقول: نويتُ بالأولى الطلاق، ولم أنو بالباقيتين شيئاً، أو يقول: نويتُ

الْأُولَيَيْنِ حَيْثُ لا يَقَعُ إِلَّا وَاحِدَةٌ لِأَنَّ الحَالَ عِنْدَ الْأُولَيَيْنِ لَمْ تَكُنْ حَالَ مُذَاكَرَةِ الطَّلَاقِ، وَفِي كُلِّ مَوْضِعٍ يُصَدَّقُ الزَّوْجُ عَلَى نَفْيِ النِّيَّةِ إِنَّمَا يُصَدَّقُ مَعَ اليَمِينِ؛

بالأولى والثانية الطلاق ولم أنو بالثالثة شيئـًا، أو نويتُ بالكلمات كلها الطلاق، ففي هذه الوجوه تطلق ثلاثـًا؛ لأنه لمَّا نوى بالأولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق، فكان الباقي طلاقـًا نوى أو لم ينو؛ لأن الأولى رجعية فيلحقها الثانِي.

والخامس: إذا قال: نويتُ بالأولى الطلاق وبالباقيتين الحيض، فهو مدين في القضاء لما ذكر في الكتاب.

والسادس: أن يقول: نويتُ بالأولى والثانية الطلاق وبالثالثة الحيض، فهو مُدين أيضـًا في القضاء، وتطلق ثنتين لما قلنا.

والسابع: أن يقول: نويتُ بالأولى الطلاق، وبالثانية الحيض، ولم أنو بالثالثة شيئـًا، أو قال: نويتُ بالأولى الطلاق، وبالثالثة الحيض، ولم أنو بالثانية شيئـًا، فإنَّها تطلق ثنتين في هذين الوجهين؛ لأنه لمَّا صار الحال حال مذاكرة الطلاق، فكل لفظ لم ينو فيه شيئـًا فهو طلاق، وإن قال: لم أنو بالأولى والثانية شيئـًا، وعنيتُ بالثالثة الطلاق فهي طلاقٌ واحد؛ لأنه لم يكن الحال حال مذاكرة الطلاق عند الأولى والثانية فلا يقع بهما شيء، وإنما يقع بالثالثة لأجل النية، وكذا لو قال: لم أنو بالأولى شيئـًا ونويتُ بالثانية الطلاق وبالثالثة الحيض، فهي طلاق واحد.

والحادي عشر: هو أن يقول: لم أنو بالأولى شيئـًا، ونويتُ بالثانية الطلاق، ولم أنو بالثالثة شيئـًا، فهي ثنتان؛ لأنَّه لم يكن الحال حال مذاكرة الطلاق عند الأولى، فلا يقع بها شيء والثانية صارت طلاقـًا بالنية، والثالثة ذكرت في حال مذاكرة الطلاق فصار طلاقـًا أيضـًا.

والثانِي عشر: إذا قال: اعتدّي ثلاثـًا، وقال: نويتُ في قولي اعتدّي طلاقـًا، ونويتُ بالثلاث ثلاث حيض، فهو كما قال في القضاء، أمَّا نية الطلاق في قوله اعتدّي صحيح؛ لما قلنا، وبعد وقوع الطلاق يلزمها الاعتداد بثلاث حيض، فكان الظاهر شاهدًا له فيما نوى،

لِأَنَّهُ أَمِينٌ فِي الإِخْبَارِ عَمَّا فِي ضَمِيرِهِ وَالقَوْلُ قَوْلُ الأَمِينِ مَعَ اليَمِينِ.

ونصب الثلاث دليل على ذلك، كأنه قال بثلاث حيض أيضًا.

قوله: لِأَنَّهُ أَمِينٌ - أي: لأن الزوج أمين - فِي الإِخْبَارِ عَمَّا فِي ضَمِيرِهِ، ولهذا يُصدّق في حال عدم مذاكرة الطلاق، وإذا كان أميناً لا يصدق قوله بدون اليمين.

وذكر في «المبسوط»: ولو قال لها: اعتدّي، وقال: لم أنو به الطلاق فهي امرأته بعد أن يحلف، وكذلك في جميع الألفاظ المتقدمة إذا قال: لم أنو الطلاق فعليه اليمين؛ لأنه أمين فيما يخبر عن ضميره، والقول قول الأمين مع اليمين، واليمين لنفي التهمة عنه، ألا ترى أن رسول الله صلّى الله عليه وسلم حلف ابن ركانة في نفي النية بلفظ البتة، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(بَابُ تَفْوِيضِ الطَّلَاقِ)

فَصْلٌ فِي الِاخْتِيَارِ

(وَإِذَا قَالَ لِامْرَأَتِهِ: اخْتَارِي يَنْوِي بِذَلِكَ الطَّلَاقَ أَوْ قَالَ لَهَا: طَلِّقِي نَفْسَك فَلَهَا أَنْ

بابُ تفويض الطلاق

لمَّا فرغ من بيان الطلاق نفسه وهو الأصل؛ لما أن الأصل أن يكون التصرف واقعًا للمتصرف نفسه لا لغيره، شرع في بيان التصرف الذي سببها ولاية التصرف من الغير.

اعلم أن المرأة إذا اختارت نفسها بعدما خيّرها الزوج، فالقياسُ أن لا يقع عليها شيء، وإن نوى الزوج الطلاق؛ لأن التفويض إليها إنما يصح فيما يملك الزوج مُباشرته بنفسه، وهو لا يملك إيقاع الطلاق عليها بهذا اللفظ، حتى لو قال: اخترتكِ من نفسي، أو اخترت نفسي منك، لا يقع شيء فلا يملك التفويض إليها بهذا اللفظ أيضًا، ولكنَّا تركنا القياس لآثار الصحابة رضي الله عنهم، رُوي عن عُمر وعثمان وعلي وابن مسعود وابن عمر وجابر وزيد وعائشة رضي الله عنهم أجمعين، قالوا في الرجل يخيّر امرأته: «أنَّ لها الخيار مادامت في مجلسها ذلك، فإذا قامت من مجلسها فلا خيار لها، وقد خيَّر رسول الله صلَّى الله عليه وسلم نسائه حين نزل قوله تعالى: ﴿فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴿٢٨﴾﴾ [الأحزاب: ٢٨].

ثم كان القياس أن لا يبطل خيارها بالقيام عن المجلس؛ لأن التخيير من الزوج مطلق، والمطلق فيما يحتمل التأبيد يتأبَّد، ولكنا تركنا هذا القياس بآثار الصحابة رضي الله عنهم؛ ولأن الخيار الطارئ لها على النكاح من جهة الزوج معتبر بالخيار الطارئ شرعًا، وهو خيار المعتقة وذلك يتوقف بالمجلس، فكذا هُنا لها الخيار ما بقيت في المجلس، وإن تطاول يومًا

تُطَلِّقَ نَفْسَهَا مَا دَامَتْ فِي مَجْلِسِهَا ذَلِكَ، فَإِنْ قَامَتْ مِنْهُ أَوْ أَخَذَتْ فِي عَمَلٍ آخَرَ خَرَجَ الأَمْرُ مِنْ يَدِهَا) لِأَنَّ المُخَيَّرَةَ لَهَا المَجْلِسُ بِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ أَجْمَعِينَ -، وَلِأَنَّهُ تَمْلِيكُ الفِعْلِ مِنْهَا، وَالتَّمْلِيكَاتُ تَقْتَضِي جَوَابًا فِي المَجْلِسِ كَمَا فِي البَيْعِ، لِأَنَّ سَاعَاتِ المَجْلِسِ أُعْتُبِرَتْ سَاعَةً وَاحِدَةً، إِلَّا أَنَّ المَجْلِسَ تَارَةً يَتَبَدَّلُ بِالذَّهَابِ عَنْهُ وَتَارَةً بِالِاشْتِغَالِ بِعَمَلٍ آخَرَ، إِذْ مَجْلِسُ الأَكْلِ غَيْرُ مَجْلِسِ المُنَاظَرَةِ

أو أكثر؛ لأن المجلس قد يطول ويقصر، كذا في «المبسوط».

قوله: مَا دَامَتْ فِي مَجْلِسِهَا ذَلِكَ، فَإِنْ قَامَتْ مِنْهُ أَوْ أَخَذَتْ فِي عَمَلٍ آخَرَ خَرَجَ الأَمْرُ مِنْ يَدِهَا، هذا المجموع من قول الصحابة رضي الله عنهم.

قوله: وَلِأَنَّهُ تَمْلِيكُ الفِعْلِ مِنْهَا، يعني لا توكيلها؛ لما أنَّ التمليك يقتضي أن يكون المملك إليه عاملًا لنفسه، وهذا كذلك، فكان تمليكًا، فأمَّا الوكيل فهو عامل لغيره، والتمليكات تقتضي جوابًا في المجلس، فلذلك اقتصر بالمجلس.

فإن قلتَ: هاهُنا من وجوه من الشبه:

إحداها: أن رب الدين إذا وكل المديون بإبراء ذمته عن الدين فهو وكيل، وإن كان عاملًا لنفسه في إبراء ذمته عن الدين، والدليل على أنه وكيل أنه لا يقتصر على المجلس، ويملك صاحب الدين الرجوع قبل الإبراء، وهو مسألة «الجامع».

والثانية: أن التخيير لو كان تمليكًا لكانت المرأة مالكة للطلاق، فحينئذٍ لا يبقى الزوجُ مالكًا لاستحالة كون الشيء الواحد بجميع أجزائه ملكًا لكل واحد منهما في زمان واحد، والزوج مالك للطلاق بعد التخيير، فلا تكون هي مالكة له، فحينئذٍ يكون تصرفها بالنيابة لا بالملك، والدليل على صحة ما ادعينا أنَّها نائبة كما قال، لا مالكة.

والشبهة الثالثة: ما ذكره محمد رحمه الله في «الزيادات»: رجل قال لامرأته: طلقي نفسك، ثم حلف أن لا تطلق فطلقت هي نفسها حنث الزوج في يمينه، وإنما يحنث إذا كانت

وَمَجْلِسُ الْقِتَالِ غَيْرُهُمَا (وَيَبْطُلُ خِيَارُهَا بِمُجَرَّدِ الْقِيَامِ) لِأَنَّهُ دَلِيلُ الْإِعْرَاضِ، بِخِلَافِ الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ لِأَنَّ الْمُفْسِدَ هُنَاكَ الِافْتِرَاقُ مِنْ غَيْرِ قَبْضٍ.

هي في تطليقها نفسها نائبة عن الزوج، أمَّا إذا لم تكن فلا.

قلنا: المالك هو القادر على التصرف؛ لأنه فاعل من الملك وهو القدرة، والتمليك تفعيل منه، فيكون لإثبات الملك وهو الإقدار على التصرف، إلا أنه في الشرع يُراد به القادر على التصرف برأيه واختياره على وجه لو لم يفعله لا يلحقه إثم ولا خلف وعدٍ، وما وقع النزاع فيه بهذه المثابة فيكون تمليكـًا، بخلاف الوكيل إذا لم يأتمر بما أمر به، يلزم فيه خلف الوعد أو الإثم.

وأمَّا الجواب عن توكيل المديون بإبراء ذمته أنه وكيل وإن كان عاملًا لنفسه، قلنا: نعم هناك المديون وكيل عن جانب رب الدين، لكن تصرفه لنفسه إنما وقع في ضمن صحة وكالته، فإنه في ذلك الإبراء لا يعمل لنفسه خاصة، بل يعمل لرب الدين أيضـًا لتحقيق ما أمره به.

ثم صحة الرجوع لا يدل على أنه ليس بتمليك، ألا ترى أن الهبَّة للأجنبي قبل القبض وبعده قابلة للرجوع، وهي تمليك، وعدم صحَّة الرجوع فيما نحن بصدده لاشتمال التخيير على معنى التعليق، لا لكونه تمليكًا.

وأمَّا حنث الزوج في يمينه في المسألة الثالثة ممنوعٌ على رواية محمد رحمه الله، والمنع مذكور في «الزيادات» لصاحب «المحيط».

وأمَّا قوله: لو كانت المرأة مالكة لا يبقى الزوج مالكـًا، قلنا: بقاء ملك الزوج في الطلاق لبقاء ملكه في النكاح؛ فإن ملك الطلاق مُستفاد من ملك النكاح، وملك الطلاق بهذه الصفة لا يمكن تمليكُه من المرأة، فلا جرم ثبت الملك لها بقدر ما ملكها الزوج، والزوج ملكها ما في وسعه من التمليك وهو ولاية التصرف لها في الطلاق بتمليك الزوج، لا سلبُ ولاية تصرف الزوج عن الطلاق، فإن ذلك التصرف يبقي له مادام سببه باقيـًا وهو النكاح، إلى هذا أشار في «الفوائد الظهيرية».

ثُمَّ لا بُدَّ مِنَ النِّيَّةِ فِي قَوْلِهِ: اخْتَارِي لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ تَخْيِيرَهَا فِي نَفْسِهَا وَيَحْتَمِلُ تَخْيِيرَهَا فِي تَصَرُّفٍ آخَرَ غَيْرِهِ (فَإِنِ اخْتَارَتْ نَفْسَهَا فِي قَوْلِهِ اخْتَارِي كَانَتْ وَاحِدَةً بَائِنَةً) وَالقِيَاسُ أَنْ لَا يَقَعَ بِهَذَا شَيْءٌ، وَإِنْ نَوَى الزَّوْجُ الطَّلَاقَ لِأَنَّهُ لا يَمْلِكُ الإِيقَاعَ بِهَذَا اللَّفْظِ فَلَا يَمْلِكُ التَّفْوِيضَ إِلَى غَيْرِهِ إِلَّا أَنَّا اسْتَحْسَنَّاهُ لِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ -، وَلِأَنَّهُ بِسَبِيلٍ مِنْ أَنْ يَسْتَدِيمَ نِكَاحَهَا أَوْ يُفَارِقَهَا فَيَمْلِكُ إِقَامَتَهَا

قوله: ثُمَّ لا بُدَّ مِنَ النِّيَّةِ فِي قَوْلِهِ: اخْتَارِي، أي: نية الطلاق، وإذا خيَّرها وقال: لم أرد به الطلاق فالقول قوله مع يمينه؛ لأن قوله: اختاري كلام محتمل، يجوز أن يكون مراده اختاري نفقة، أو كسوة، أو دارًا للسكنى، وفي الكلام المحتمل القول قول الزوج أنه لم يرد به الطلاق مع يمينه، لكونه متهماً في ذلك، وأمَّا إذا خيَّرها بعد ذكر الطلاق فاختارت نفسها ثم قال: لم أنوِ به الطلاق لم يصدق في القضاء، وكذلك إن كان في غضبٍ، وقد بيَّنا هذا في فصول الكنايات.

وكما لا يصدقه القاضي، فكذلك لا يسع المرأة أن تقيم معه إلا بنكاح مستقبل.

ثم المخيرة إذا اختارت زوجها لم يقع عليها شيء، إلا على قول علي رضي الله عنه، فإنه يقول: تطلق تطليقة رجعية إذا اختارت زوجها، وكأنه جعل عين هذا اللفظ طلاقـًا، فقال: إذا اختارت زوجها، فالواقع به طلاق لا يرفع الزوجية، ولسنا نأخذ بهذا، بل بقول عمر وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما: أنَّها إذا اختارت زوجها لا يقع عليها شيء، وقالت عائشة رضي الله عنها: «خيّرنا رسول الله صلَّى الله عليه وسلم فاخترناه ولم يكن ذلك طلاقـًا».

قوله: فَإِنِ اخْتَارَتْ نَفْسَهَا فِي قَوْلِهِ اخْتَارِي كَانَتْ وَاحِدَةً بَائِنَةً، عندنا، وهو قول علي رضي الله عنه، وعلى قول عُمر وابن مسعود رضي الله عنهما واحدة رجعيَّة، وعلى قول زيد رضي الله عنه إذا اختارت نفسها فثلاث، وكأنه حمل هذا على أتمِّ ما يكون من الاختيار، وعُمر وابن مسعود رضي الله عنهما حملاه على أدنى ما يكون منه، وهو التطليقة الرجعيَّة، ولكنا نأخذ في هذا بقول علي رضي الله عنه؛ لأن اختيارها نفسها إنما يتحقق إذا زال ملك

مَقَامَ نَفْسِهِ فِي حَقِّ هَذَا الحُكْمِ، ثُمَّ الوَاقِعُ بِهَا بَائِنٌ لِأَنَّ اخْتِيَارَهَا نَفْسَهَا بِثُبُوتِ اخْتِصَاصِهَا بِهَا وَذَلِكَ فِي البَائِنِ (وَلا يَكُونُ ثَلَاثًا وَإِنْ نَوَى الزَّوْجُ ذَلِكَ)؛ لِأَنَّ الِاخْتِيَارَ لا يَتَنَوَّعُ، بِخِلَافِ الإِبَانَةِ لِأَنَّ البَيْنُونَةَ قَدْ تَتَنَوَّعُ.

الزوج عنها، فصارت مالكة أمر نفسها وذلك بالواحدة الثانية، وليس في هذا اللفظ ما يدل على الثلاث؛ لأن حكم مالكيتها أمر نفسها لا يختلف بالثلاث والواحدة البائنة، فلهذا قلنا وإن نوى الثلاث بهذا اللفظ لا يقع إلا واحدة بائنة؛ لأن هذا مجرد نيَّة العدد منه، وقوله اختاري أمرٌ بالفعل فلا يحتمل العدد، بخلاف قوله: أنت بائن، فنيَّة الثلاث إنما تصح هناك باعتبار أنه نوى نوعـاً من البينونة، وهاهُنا الاختيار لا يتنوع فبقي هذا مجرد نية العدد، كذا في «المبسوط».

فإن قلت: لا بُدَّ من ذكر الفرق بين قوله: اختاري نفسك، ونوى الزوج الثلاث فقالت المرأة: اخترتُ، تقع تطليقة واحدة بائنة ولا يقع الثلاث، وبين قوله: أمرك بيدك، وطلقي نفسك، وأنت بائن، ففي هذه الصورالثلاث إذا نوى الزوج التطليقات الثلاث، فأوقعت المرأة يقع الثلاث، مع أن القياس يقتضي وقوع الثلاث في الاختيار بعد قوله: اختاري، بالطريق الأولى؛ لاجتماع ما يقتضي وقوع الثلاث فيه، وهو صيغة الأمر، ولفظ الكناية، وفي تلك الثلاث لم تجتمع.

قلتُ: الفرق من وجهين:

أحدهما: ما ذكره في«الإيضاح» فقال: إن القياس يقتضي أن لا يقع بالتخيير شيء وإن اختارت؛ لأن اختيار الشيء لا يدل على الإيقاع، وإنما يثبت ذلك بإجماع الصحابة رضي الله عنهم، والإجماعُ انعقد في الطلقة الواحدة، فما عدا ذلك يبقى على أصل القياس، ولم يرد الإجماع في حق تلك المسائل، على أن الواقع فيها الواحدة، فأجري إيقاع الثلاث هناك على ما تقتضيه تلك الألفاظ، وهو مذكور في تقرير تلك المسائل.

والثانِي: هو ما أشار إليه شيخ الإسلام رحمه الله فقال: إن الأمر اسمٌ عام يتناول كل شيء، قال الله تعالى: ﴿وَٱلْأَمْرُ يَوْمَئِذٍ لِّلَّهِ ١٩﴾ [الانفطار: ١٩] أراد به الأشياء كلها، وإذا كان الأمر اسمـاً عامًّا صلح اسمـاً لكل فعل، فإذا نوى الطلاق صار كناية عن قوله: طلاقك

قَالَ: (وَلا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ النَّفْسِ فِي كَلَامِهِ أَوْ فِي كَلَامِهَا، حَتَّى لَوْ قَالَ لَهَا: اخْتَارِي فَقَالَتْ: قَدِ اخْتَرْتُ فَهُوَ بَاطِلٌ) لِأَنَّهُ عُرِفَ بِالإِجْمَاعِ وَهُوَ فِي الْمُفَسَّرَةِ مِنْ أَحَدِ الجَانِبَيْنِ، وَلِأَنَّ الْمُبْهَمَ لا يَصْلُحُ تَفْسِيرًا لِلْمُبْهَمِ الآخَرِ وَلا تَعْيِينَ مَعَ الإِبْهَامِ (وَلَوْ قَالَ لَهَا: اخْتَارِي نَفْسَكِ فَقَالَتْ: اخْتَرْتُ تَقَعُ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ)؛ لِأَنَّ كَلَامَهُ مُفَسَّرٌ،

بيدك، والطلاق يحتمل العموم والخصوص، أمَّا الاختيار فاسم لفعل خاصٍّ، وهو الخلوص والصفوة، وثبوتُ البينونة فيه مقتضى ثبوت الصفوة والخلوص، فلم يصح فيه نية العموم؛ لأن الصفوة إذا حصلت لها بالاختصاص بنفسها، فبعد ذلك لا تزداد هي بانضمام شيء آخر له.

وأمَّا قوله: طلقي، فإن الطلاق في نفسه محتمل للعموم والخصوص، فإن له أفرادًا وأجزاءً، فيقتضي عمومه تمام أجزائه.

وقوله: طَلِّقِي نَفْسَكِ، مختصر قوله: افعلي فعل التطليق، فكان هو محتملاً للعموم والخصوص أيضًا، فإذا نوى الثلاث فقد نوى العموم فيصح، وأمَّا الفرق بينه وبين قوله: أنت بائن، فهو ما ذكر في الكتاب من أن البينونة تتنوع إلى نوعين: خفيفة وغليظة، فأي النوعين نوى فقد أصاب، بخلاف الاختيار فإنه عبارة عن الصفوة والخلوص، والصفوة إذا حصلت فلا مردَّ لها بعد ذلك، فلا يحتمل لها نية الثلاث، فلذلك لم تصح نيَّة الثلاث.

قوله: وَلا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ النَّفْسِ فِي كَلَامِهِ أَوْ فِي كَلَامِهَا، قلتُ: هذا ليس بمنحصر بذكر النفس في حق إرادة الطلاق البائن من التخيير، فإن البينونة كما تقع عند ذكر النفس في أحد الكلامين، فكذلك يقع بذكر ما يقوم مقام النفس في أحد الكلامين، كالتطليقة والاختيار، وفي قول المرأة: اخترتُ أبي أو أمي أو أهلي، أو اخترتُ الأزواج على ما يجيء بيانه.

ثم إنما اشترط ذكر أحد هذه الأشياء في أحد الكلامين، فإنه إذا كان في كلام الرجل ما يتضمَّن جوابها إعادة ذلك، كأنها قالت: فعلتُ ذلك، وإن كان مذكورًا في كلامها فالعامل لفظها، فإذا وجد ما يختصّ بالبينونة في اللفظ الذي يقعُ به كفى ذلك، كذا في «الإيضاح».

قوله: لِأَنَّ كَلَامَهُ مُفَسَّرٌ، وَكَلَامُهَا خَرَجَ جَوَابًا لَهُ، هذا التعليل لجواب سؤال مقدَّر

وَكَلَامُهَا خَرَجَ جَوَابًا لَهُ فَيَتَضَمَّنُ إِعَادَتَهُ (وَكَذَا لَوْ قَالَ اخْتَارِي اخْتِيَارَةً فَقَالَتْ: اخْتَرْتُ) لِأَنَّ الهَاءَ فِي الِاخْتِيَارَةِ تُنْبِئُ عَنِ الِاتِّحَادِ وَالِانْفِرَادِ، وَاخْتِيَارُهَا نَفْسَهَا هُوَ الَّذِي يَتَّحِدُ مَرَّةً وَيَتَعَدَّدُ أُخْرَى فَصَارَ مُفَسَّرًا مِنْ جَانِبِهِ.

(وَلَوْ قَالَ: اخْتَارِي فَقَالَتْ: قَدِ اخْتَرْتُ نَفْسِي يَقَعُ الطَّلَاقُ إِذَا نَوَى الزَّوْجُ) لِأَنَّ

وهو أن يقال: إن قولها: اخترتُ مبهم، والمبهم لا يصلح مُفسِّرًا لكلام غيره، فقال في جوابه: إن كلامها خرج جوابًا لكلامه، وكلامه مفسر فكان جوابُها أيضًا مفسرًا؛ لأن الجواب يتضمن إعادة ما في السؤال.

قوله: لِأَنَّ الهَاءَ فِي الِاخْتِيَارَةِ، أي: التاء سمَّاها هاءً لتصورها بصورة الماء، أو لكونها هاءً عند الوقف.

قوله: هُوَ الَّذِي يَتَّحِدُ مَرَّةً - بأن قال: اختاري نفسك بطلقةٍ - وَيَتَعَدَّدُ أُخْرَى، بأن قال: اختاري نفسك بما شئتِ، أو اختاري نفسك بثلاث تطليقات، فعُلم بهذا أن اختيارها نفسها هو الذي يتحد مرة ويتعدد أخرى، بخلاف اختيارها زوجها فإنه لا يتعدد؛ لأنه عبارة عن إبقاء النكاح وهو غير متعدد.

وقيد الكلام بشيء يُنبئ عن الاتحاد، إنما يفيد فائدته إن لو كان ذلك احترازًا عن شيء ينبئ عن التعدد، وإلا لا يكون في قيده فائدة، فعُلم بهذا أن كلامه وقع في شيء يقبل الاتحاد والتعدد، وليس هو هاهُنا إلا اختيارها نفسها دون اختيار الزوج، فكان كلامه مفسرًا أيضًا على هذا التقدير، كما في اختاري نفسك، ثم جوابها اخترتُ، وإن كان مبهمًا في نفسه يكون مفسرًا لوقوعه جوابًا للكلام المفسر؛ لأن الجواب يتضمن إعادة ما في السؤال.

ثم ذكر في الكتاب وقوع كلام المرأة مفسرًا بذكر النفس، فقال: وَلَوْ قَالَ: اخْتَارِي فَقَالَتْ: قَدِ اخْتَرْتُ نَفْسِي يَقَعُ الطَّلَاقُ إِذَا نَوَى الزَّوْجُ؛ لما ذكرنا أن الشرط في هذا هو أن يقع المفسَّر في أحد الكلامين، إمَّا في كلام الزوج أو في كلام المرأة، وقد وقع التفسير هاهُنا في كلام المرأة بذكر النفس فيصح، ولم يذكر وقوع كلام المرأة مفسرًا بذكر الاختيار، وذكره في كلام

كَلَامَهَا مُفَسَّرٌ، وَمَا نَوَاهُ الزَّوْجُ مِنْ مُحْتَمَلَاتِ كَلَامِهِ (وَلَوْ قَالَ: اخْتَارِي فَقَالَتْ: أَنَا أَخْتَارُ نَفْسِي فَهِيَ طَالِقٌ) وَالقِيَاسُ أَنْ لَا تَطْلُقَ لِأَنَّ هَذَا مُجَرَّدُ وَعْدٍ أَوْ يَحْتَمِلُهُ، فَصَارَ كَمَا إذَا قَالَ لَهَا: طَلِّقِي نَفْسَكِ فَقَالَتْ: أَنَا أُطَلِّقُ نَفْسِي، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ حَدِيثُ «عَائِشَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهَا - فَإِنَّهَا قَالَتْ لا بَلْ أَخْتَارُ اللهَ وَرَسُولَهُ» اعْتَبَرَهُ

الزوج والحكم فيه كذلك أيضاً؛ لأن ذكر الاختيارة لمَّا صلح للتفسير صار ذكرها بمنزلة ذكر النفس، فذكر النفس في أيّ الكلامين وقع يكون كلامها مفسرًا، حتى لو قال الزوج: اختاري، فقالت المرأة: اخترتُ اختيارة تحصل البينونة، كما لو قالت: اخترتُ نفسي بمقابلة قوله: اختاري، وكذلك ذكر الطلقة في جميع ما ذكرنا من ذكر النفس والاختيار.

ولو قالت المرأة: اخترت أبي وأمي، أو أهلي، أو الأزاج بعد ما قال الزوج لها: اختاري، فالقياس أن لا يقع شيء؛ لأنه لم يوجد في لفظها ما يدل على اختيار البينونة، فهذا وجه القياس.

ولكنا نستحسن فنوقع؛ لأن الزوج لو قال لها: ألحقي بأهلك، ونوى الطلاق يكون طلاقاً، فكذلك في اختيارها الانضمام إليهم اختيارٌ للبينونة، كذا في «الإيضاح».

قوله: كَمَا إذَا قَالَ لَهَا: طَلِّقِي نَفْسَكِ فَقَالَتْ: أَنَا أُطَلِّقُ نَفْسِي، لا تطلق، وكذا لو قال لعبده: اعتق رقبتك، فقال: اعتق، لا يعتق.

قوله: وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ حَدِيثُ عَائِشَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهَا، وهو ما رُوي أنه لمَّا نزل قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَٰجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ ٱلْحَيَوٰةَ ٱلدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ﴾ [الأحزاب: ٢٨] الآية، بدأ رسول الله صلَّى الله عليه وسلم بعائشة رضي الله عنها، فقال لها: «إنِّي مخيّرك بأمر فلا تجيبيني حتى تستأمري أبويك، ثم أخبرها بالآية، فقالت: أفي مثل هذا أستأمر أبوي؟ لا بَلْ أَخْتَارُ اللهَ وَرَسُولَهُ، وجعل رسولُ الله صلى الله عليه وسلم هذا الكلام منها إيجاباً»، والمعقول فيه هو أن الفعل الذي يحتمل الحال والاستقبال، أصله الحال فيما يصلح حكاية عن الحال، يُقال: فلان يصلي ويقرأ، يراد به الحال في موضع الحكاية، فكذلك هاهُنا هذا موضعُ الحكاية؛ لأن الاختيار من عمل القلب، فيكون الذكر

النَّبِيُّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - جَوَابًا مِنْهَا، وَلِأَنَّ هَذِهِ الصِّيغَةَ حَقِيقَةٌ فِي الحَالِ وَتَجُوزُ فِي الِاسْتِقْبَالِ كَمَا فِي كَلِمَةِ الشَّهَادَةِ، وَأَدَاءِ الشَّاهِدِ الشَّهَادَةَ، بِخِلَافِ قَوْلِهَا: أُطَلِّقُ نَفْسِي لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ حَمْلُهُ عَلَى الحَالِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِحِكَايَةٍ عَنْ حَالَةٍ قَائِمَةٍ،

باللسان حكايةً عن أمر قائم بالقلب لا محالة، وذلك كالرجل يقول: أشهد أن لا إله إلا الله، إنه جُعل إيجاباً؛ لأنه حكاية عن أمر قائم بالقلب وهو التصديق، فصار إيجاباً، وكذلك قول الشاهد في مجلس الحكم: أشهد؛ لأنه حكاية عن معنى قائم بقلبه، فكذلك قولها إنشاء الطلاق في مسألتنا حيث يقع به الطلاق.

وأمَّا قولها: أنا أُطَلِّقُ نَفْسِي فليس بحكاية عن حال قائمة بالقلب؛ إذ لا حال هاهُنا، وإنما الإيجاب حاصل بهذه الصيغة نفسها من قبل أن الإيقاع باللسان دون القلب، فلم يصح جعل فعل اللسان حكاية عن فعل قائم باللسان على سبيل الحال، فتعذَّر الأصل فحُمل على ما هو دخيل عليه، وهو الوعد المستفاد من الاستقبال، فلم يكن بد من لفظ دال على أمر ماض ليجعل إيجاباً، وهو قولها: طلقتُ، كذا في «الجامع الصغير» لفخر الإسلام، والإمام الكشاني رحمهما الله.

قوله: وَلِأَنَّ هَذِهِ الصِّيغَةَ حَقِيقَةٌ فِي الحَالِ وَتَجُوزُ فِي الِاسْتِقْبَالِ، فإن قلتَ: ما تقول لروايات النحو كلها، وهو مشترك بين الحاضر والمستقبل.

قلتُ: نعم كذلك، إلا أن أحد المعنيين من المشترك يترجح بدلالة تدل على ذلك المعنى، وقد وجد هاهُنا دلالة إرادة الحال به، إذ العادة العرفيَّة والشرعيَّة تدلان على أن مثل هذه الصيغة للحال، يقول الرجل: فلان يختار كذا، وأنا أختار كذا، ويقول: أملك كذا وكذا من العبيد والجواري، والمراد به الحال.

وأمَّا الشرعية فما ذكر في الكتاب من قوله: أشهد في كلمة الشهادة، وقوله: أشهد في أداء الشهادة، إلى هذا أشار في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: لِأَنَّهُ لَيْسَ بِحِكَايَةٍ عَنْ حَالَةٍ قَائِمَةٍ، لأنه لا حال هاهُنا حتى يحمل الكلام عليه

وَلا كَذَلِكَ قَوْلُهَا: أَنَا أَخْتَارُ نَفْسِي لِأَنَّهُ حِكَايَةٌ عَنْ حَالَةٍ قَائِمَةٍ وَهُوَ اخْتِيَارُهَا نَفْسَهَا، وَلَوْ قَالَ لَهَا: اخْتَارِي اخْتَارِي اخْتَارِي فَقَالَتْ: قَدِ اخْتَرْتُ الأُولَى أَوِ الوُسْطَى أَوِ الأَخِيرَةَ طَلُقَتْ ثَلاثًا فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحْمَةُ اللهِ تَعَالَى عَلَيْهِ، وَلا يُحْتَاجُ إِلَى نِيَّةِ الزَّوْجِ (وَقَالا: تَطْلُقُ وَاحِدَةً) وَإِنَّمَا لا يُحْتَاجُ إِلَى نِيَّةِ الزَّوْجِ لِدَلالَةِ التَّكْرَارِ عَلَيْهِ إِذِ الِاخْتِيَارُ فِي حَقِّ الطَّلَاقِ هُوَ الَّذِي يَتَكَرَّرُ، لَهُمَا أَنَّ ذَكَرَ الأُولَى وَمَا يَجْرِي مَجْرَاهُ إِنْ كَانَ لا يُفِيدُ مِنْ حَيْثُ التَّرْتِيبُ يُفِيدُ مِنْ حَيْثُ الإِفْرَادُ فَيُعْتَبَرُ فِيمَا

من قبل أن الإيقاع باللسان دون القلب، فلم يصح فعل اللسان حكايةً عن فعل قائم باللسان على سبيل الحال؛ لأنه معدوم بعدُ، والحكاية تقتضي وجود المحكي عنه.

قوله: طَلُقَتْ ثَلاثًا فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحْمَةُ اللهِ تَعَالَى عَلَيْهِ، وَلا يُحْتَاجُ إِلَى نِيَّةِ الزَّوْجِ، ولا إلى ذكر نفسها؛ لأن اختيار الطلاق يتكرر، واختيار الزوج لا يتكرر، فتكرار التخيير دليل على أن مراده الطلاق.

قوله: لَهُمَا أَنَّ ذَكَرَ الأُولَى وَمَا يَجْرِي مَجْرَاهُ - وهو ذكر الوسطى والأخيرة - إِنْ كَانَ لا يُفِيدُ مِنْ حَيْثُ التَّرْتِيبُ - بالاتفاق - يُفِيدُ مِنْ حَيْثُ الإِفْرَادُ؛ وهذا لأن الأولى تأنيث الأول، وهو اسم لفرد سابق، والوسطى تأنيث الأوسط، وهو اسم لفرد تقدَّم عليه مثل ما تأخَّر عنه، والأخيرة اسم لفرد لاحق، إذا ثبت هذا فنقول: قولها الأولى ينتظم معنيين:

أحدهما: الفرديَّة، والآخر: السبق، فلو بطل معنى السبق الذي يقتضي الترتيب، فلا تبطل الفرديَّة، فصار كأنها قالت: اخترت التطليقة الأولى؛ لأن معنى قولها اخترت الأولى، اخترتُ ما صار إليَّ بالكلمة الأولى، والذي صار إليها بالكلمة الأولى تطليقة، فكأنَّها صرحت بذلك، وفي ذلك يقع واحدة، فكذا هنا.

وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول: الأولى نعت لمؤنث، ولكن النعت ينصرف إلى منعوت مذكور وهو الأصل، والمذكور الاختيار دون الطلاق، فكان هذا بمنزلة قولها:

يُفِيدُ. وَلَهُ أَنَّ هَذَا وَصْفٌ لَغْوٌ لِأَنَّ المُجْتَمِعَ فِي المِلْكِ لَا تَرْتِيبَ فِيهِ كَالمُجْتَمِعِ فِي المَكَانِ، وَالكَلَامُ لِلتَّرْتِيبِ وَالإِفْرَادُ مِنْ ضَرُورَاتِهِ، فَإِذَا لَغَا فِي حَقِّ الأَصْلِ لَغَا فِي حَقِّ البِنَاءِ (وَلَوْ قَالَتِ اخْتَرْتُ اخْتِيَارَةً فَهِيَ ثَلَاثٌ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) لِأَنَّهَا لِلْمَرَّةِ فَصَارَ كَمَا إِذَا صَرَّحَتْ بِهَا وَلِأَنَّ الِاخْتِيَارَةَ لِلتَّأْكِيدِ وَبِدُونِ التَّأْكِيدِ تَقَعُ الثَّلَاثُ

اخترت الاختيارة أو المرأة الأولى، فلو صرحت بذلك طلقت ثلاثـًا، وحرف آخر له أنَّها أتت بالترتيب فيما لا يليق به صفة التريب، فيلغو ذكر الترتيب ويبقى قولها اخترتُ، فيكون جوابـًا للكل، كذا في «المبسوط»، و«الفوائد».

قوله: كَالمُجْتَمِعِ فِي المَكَانِ، والقوم إذا اجتمعوا في مكان لا يقال: هذا أول وهذا آخر، وإنَّما الترتيب في فعل الأعيان، يقال: هذا جاء أوَّلاً، وهذا جاء آخرًا، فإذا لغا ذلك بقي قولها اخترت؛ ولأن الأولى أو الوسطى كما يصلح نعتـًا للتطليقة تصلح نعتـًا للاختيارة الحاصلة منها، ولو اقتصرت على قولها اخترتُ كان جوابـًا للكل، فلا يتغيّر ذلك بكلام محتمل.

بخلاف ما لو اختارت التطليقة؛ لأن التطليقة لا تتناول الثلاث، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

قوله: فَإِذَا لَغَا فِي حَقِّ الأَصْلِ - وهو الترتيب - لَغَا فِي حَقِّ البِنَاءِ، وهو الإفراد، فإذا لغا جميعـًا بقي قولها: اخترت، وهو يصلح جوابـًا للكل فيقع الثلاث.

فإن قيل: ينبغي أن تقع التطليقة واحدة كما في قوله: أنت طالق أمْس؛ لأن الإيقاع في الماضي إيقاع في الحال، بقي قوله: أنت طالق وبه تقع التطليقة الواحدة.

قلنا: هذا طردٌ وليس بنقض؛ لما أنه لو قالت هاهُنا ابتداءً في جوابه: اخترتُ، كان جوابـًا للكل فيقع الثلاث، فكذا إذا بقي قولها اخترتُ بعد بطلان ما ضم إليه من الترتيب والإفراد كما هناك، فإن اقتضاء قوله: أنت طالق للطلقة الواحدة لم يتفاوت بين ما قاله ذلك ابتداءً، أو بقي ذلك بعد ما بطل ما انضمَّ إليه من قوله أمس.

فَمَعَ التَّأْكِيدِ أَوْلَى (وَلَوْ قَالَتْ قَدْ طَلَّقْتُ نَفْسِي أَوِ اخْتَرْتُ نَفْسِي بِتَطْلِيقَةٍ فَهِيَ وَاحِدَةٌ يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ) لِأَنَّ هَذَا اللَّفْظَ يُوجِبُ الِانْطِلَاقَ بَعْدَ انْقِضَاءِ العِدَّةِ فَكَأَنَّهَا اخْتَارَتْ نَفْسَهَا بَعْدَ العِدَّةِ.

قوله: وَلَوْ قَالَتْ قَدْ طَلَّقْتُ نَفْسِي أَوِ اخْتَرْتُ نَفْسِي بِتَطْلِيقَةٍ - أي: في جواب قول الزوج اختاري - فَهِيَ وَاحِدَةٌ يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ، وقوله: يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ، غلط وقع من الكاتب، هكذا ذكر في «الفوائد الظهيريَّة» وقال: لأن المرأة إنما تتصرف حكماً للتفويض، والتفويض تطليق بصفة الإبانة؛ لأنه من الكنايات سوى الثلاثة، فيملك الإبانة لا غير.

قلتُ: والأصح من الرواية: فهي واحدة لا تملك الرجعة؛ لأن رواية «المبسوط»، و«الجامع الكبير»، و«الزيادات»، وعامَّة نسخ «الجامع الصغير» هكذا، سوى «الجامع الصغير» لصدر الإسلام، فإنه ذكر فيه مثل ما ذكره في الكتاب.

والدليل أيضاً مساعدٌ لما ذكر في عامة النسخ، فإنه ذكر في «الجامع الصغير» لقاضي خان: أمَّا وقوع الواحدة فلما قلنا، وهو أن التطليقة لا تتناول أكثر من الواحدة، وإنما يكون بائناً؛ لأن العامل تخيير الزوج، والواقع بالتخيير يكون بائناً؛ لأنه تمليك النفس منها، والرجعي لا يثبت ملك النفس، ثم قال: وفي بعض النسخ تقع واحدة رجعيَّة، والصحيح ما ذكرنا نصَّ عليه في «الزيادات».

فإن قلتَ: ما الفرق بين قوله: اخترتُ، وبين قوله: طلقتُ، فإن قولها طلقتُ نفسى يصلح جواباً لقوله: اختاري، حتى يقع به التطليقة الواحدة البائنة، وقولها: اخترت لا يصلح جواباً لقوله: طلقي نفسك، بل يقع لغوًا حتى لا يقع به شيءٌ، هكذا ذكر في «المبسوط».

قلتُ: لأن لفظ الاختيار أضعف من لفظ الطلاق، ألا ترى أن الزوج يملك الإيقاع بلفظ الطلاق دون لفظ الاختيار، فالأضعف لا يصلح جواباً للأقوى، والأقوى يصلح جواباً للأضعف، يوضحه أن قولها: طلقتُ نفسي لو كان قبل تخيير الزوج توقف على إجازة الزوج، فإذا كان بعد تخيير الزوج كان عاملًا، وقولها: اخترتُ نفسي قبل تخيير الزوج يكون لغوًا

(وَإِنْ قَالَ لَهَا أَمْرُكِ بِيَدِكِ فِي تَطْلِيقَةٍ أَوِ اخْتَارِي تَطْلِيقَةً فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا فَهِيَ وَاحِدَةٌ يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ) لِأَنَّهُ جَعَلَ لَهَا الِاخْتِيَارَ لَكِنْ بِتَطْلِيقَةٍ وَهِيَ مُعْقِبَةٌ لِلرَّجْعَةِ بِالنَّصِّ.

لا يتوقف على إجازة الزوج، فكذلك بعد تفويض الزوج بقوله: طلقي نفسك؛ لأن التفويض غير التخيير، كذا في «المبسوط».

قوله: لِأَنَّهُ جَعَلَ لَهَا الِاخْتِيَارَ لَكِنْ بِتَطْلِيقَةٍ، فإن قيل: لو كان جعل لها الاختيار بتطليقة كان قوله هذا في التقدير بمنزلة قوله: طلقي نفسك، وقد ذكرنا أن قولها: اخترتُ، لا يصلح جواباً لقوله: طلقي نفسك.

قلنا: آخر كلامه لمَّا صار تفسيرًا للأول كان العامل هو المفسَّر، والمفسَّر هو الأمر باليد والتخيير، وقولها اخترتُ يصلح جواباً لذلك، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله في «الجامع الصغير»، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

فَصْلٌ فِي الأَمْرِ بِاليَدِ

(وَإِنْ قَالَ لَهَا: أَمْرُكِ بِيَدِكِ يَنْوِي ثَلَاثًا فَقَالَتْ: قَدِ اخْتَرْتُ نَفْسِي بِوَاحِدَةٍ فَهِيَ ثَلَاثٌ) لِأَنَّ الِاخْتِيَارَ يَصْلُحُ جَوَابًا لِلْأَمْرِ بِاليَدِ لِكَوْنِهِ تَمْلِيكًا كَالتَّخْيِيرِ، وَالوَاحِدَةُ صِفَةٌ

فصلٌ في الأمر باليد

لمَّا ذكر باب تفويض الطلاق، ذكر فصول أنواع التفويض من الاختيار والأمر باليد والمشيئة، إلا أنه قدَّم فصل الاختيار على غيره؛ لأن ذلك مؤيَّد بإجماع الصحابة رضي الله عنهم.

اعلم أن الرجل إذا جعل أمر امرأته بيدها، فالحكم فيه كالحكم بالخيار في سائر مسائله، إلا أن هذا صحيح قياساً واستحساناً؛ لأن الزوج مالك لأمرها، وإنما يُملكها بِهذا اللفظ ما هو مملوك له، فيصح منه ويلزم، حتى لا يملك الرجوع عنه اعتبارًا بإيقاع الطلاق، وإن نوى بالأمر ثلاثـًا كان كما نوى، حتى إذا طلقت نفسها ثلاثـًا تطلق ثلاثـًا؛ لأن هذا تفويض للأمر إليها، وهو يحتمل العموم والخصوص، بخلاف قوله: اختاري، فإنه أمرٌ بالفعل فلا يحتمل معنى العموم، وإن لم ينو الثلاث فهو واحدة بائنة.

وعند ابن أبي ليلى رحمه الله هو ثلاث، ولا يصدق في القضاء إذا قال: نويتُ واحدة؛ لأنه فوض إليها بهذا الكلام جنس ما يملكه عليها وذلك ثلاث، ولكنا نقول: التفويض قد يكون خاصًّا وقد يكون عامًّا، فإذا نوى الواحدة فقد قصد تفويضـًا خاصًّا، وهو غير مخالف للظاهر، وكذلك إن نوى الطلاق فقط؛ لأنه لا يثبت به إلا القدر المتيقن عند الاجتماع، وكذلك إذا نوى ثنتين؛ لأن هذا نية العدد وهي لا تسع في هذا اللفظ، فتكون واحدة بائنة، كذا في «المبسوط».

لِلاخْتِيَارَةِ، فَصَارَ كَأَنَّهَا قَالَتْ: اخْتَرْتُ نَفْسِي بِمَرَّةٍ وَاحِدَةٍ وَبِذَلِكَ يَقَعُ الثَّلَاثُ (وَلَوْ قَالَتْ: قَدْ طَلَّقْتُ نَفْسِي بِوَاحِدَةٍ أَوِ اخْتَرْتُ نَفْسِي بِتَطْلِيقَةٍ فَهِيَ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ) لِأَنَّ الوَاحِدَةَ نَعْتٌ لِمَصْدَرٍ مَحْذُوفٍ وَهُوَ فِي الأُولَى الِاخْتِيَارَةُ، وَفِي الثَّانِيَةِ التَّطْلِيقَةُ إِلَّا أَنَّهَا تَكُونُ بَائِنَةً لِأَنَّ التَّفْوِيضَ فِي البَائِنِ ضَرُورَةُ مِلْكِهَا أَمْرَهَا، وَكَلَامُهَا خَرَجَ جَوَابًا لَهُ فَتَصِيرُ الصِّفَةُ المَذْكُورَةُ فِي التَّفْوِيضِ مَذْكُورَةً فِي الإِيقَاعِ وَإِنَّمَا تَصِحُّ نِيَّةُ الثَّلَاثِ فِي قَوْلِهِ: أَمْرُكِ بِيَدِكِ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ العُمُومَ وَالخُصُوصَ وَنِيَّةُ الثَّلَاثِ نِيَّةُ

قوله: كَأَنَّهَا قَالَتْ: اخْتَرْتُ نَفْسِي بِمَرَّةٍ وَاحِدَةٍ، وإنما تصير مختارة بمرة واحدة إذا وقع الثلاث.

قوله: وَهُوَ فِي الأُولَى الِاخْتِيَارَةُ، أراد بالأولى **قوله**: قَدِ اخْتَرْتُ نَفْسِي بِوَاحِدَةٍ، وَفِي الثَّانِيَةِ التَّطْلِيقَةُ، أراد بالثانية **قوله**: وَلَوْ قَالَتْ: قَدْ طَلَّقْتُ نَفْسِي بِوَاحِدَةٍ، وإنما كان كذلك؛ لأن الواحدة صفة فلا بدَّ لها من موصوف وهو محذوف، فوجب إثبات ذلك على حسب ما يدل عليه المذكور السابق، والمذكور السابق في الأولى قولها: اخْتَرْتُ، فيجب إثبات الاختيارة التي يدل عليها اخترتُ.

وفي الثانية يجب إثبات الطلقة، وهي عبارة عن الواحدة، فيقع واحدة عن الواحدة فيقع واحدة.

فإن قيل: كما تجوز أن يراد بها الطلقة الواحدة، فكذا يجوز أن يراد بها المرة الواحدة، كما يقال ضربته ضربةً، ألا ترى إلى ما قالوا: الفَعْلة للمرَّة، والفِعْلة للحالة، والمَفْعل للمصدر، والمِفْعل للآلة، فلمَ كان إرادة ذلك أولى من إرادة هذا؟

قلنا: إنما يراد بها المرة إذا كانت مُرتبة على فعل مصرَّف من مصدرها، كما في ضربتُه ضربةً، وأمَّا إذا لم يكن فلا، ومصدرها الطلاق دون التطليق، ثم لو أُريد بها التطليقة وقع التعارض بين إرادة المرَّة والتطليقة، فإثبات التطليقة أولى لكونها منتفياً بِها، إلى هذا أشار في «الفوائد الظهيريَّة».

التَّعْمِيمِ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ: اخْتَارِي لِأَنَّهُ لا يَحْتَمِلُ العُمُومَ وَقَدْ حَقَّقْنَاهُ مِنْ قَبْلُ.

(وَلَوْ قَالَ لَهَا: أَمْرُكِ بِيَدِكِ اليَوْمَ وَبَعْدَ غَدٍ لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ اللَّيْلُ وَإِنْ رَدَّتِ الأَمْرَ فِي يَوْمِهَا بَطَلَ أَمْرُ ذَلِكَ اليَوْمِ وَكَانَ الأَمْرُ بِيَدِهَا بَعْدَ غَدٍ) لِأَنَّهُ صَرَّحَ بِذِكْرِ وَقْتَيْنِ بَيْنَهُمَا وَقْتٌ مِنْ جِنْسِهِمَا لَمْ يَتَنَاوَلْهُ الأَمْرُ، إِذْ ذِكْرُ اليَوْمِ بِعِبَارَةِ الفَرْدِ لا يَتَنَاوَلُ اللَّيْلَ فَكَانَا أَمْرَيْنِ فَبِرَدِّ أَحَدِهِمَا لا يَرْتَدُّ الآخَرُ، وَقَالَ زُفَرُ - رَحِمَهُ اللهُ -: هُمَا أَمْرٌ وَاحِدٌ بِمَنْزِلَةِ

قوله: وَقَدْ حَقَّقْنَاهُ مِنْ قَبْلُ، إشارة إلى قوله: في فصل الاختيار: لِأَنَّ الِاخْتِيَارَ لا يَتَنَوَّعُ.

قوله: لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ اللَّيْلُ، وفائدته تظهر في موضعين:

أحدهما: أنَّها لو اختارت نفسها في الليل لا يقع.

والثانِي: أنَّها لو ردت الأمر في اليوم فاختارت زوجها يبطل في ذلك اليوم خاصَّة ولا يبطل أبدًا، بل يكون الأمرُ في يدها بعد الغد.

والمسألة الثانية: وهي **قوله:** أَمْرُكِ بِيَدِكِ اليَوْمَ وَغَدًا، لمَّا دخلت فيها الليلة خالفته هي هذه المسألة في هذين الحكمين.

قوله: لِأَنَّهُ صَرَّحَ بِذِكْرِ وَقْتَيْنِ بَيْنَهُمَا وَقْتٌ مِنْ جِنْسِهِمَا لَمْ يَتَنَاوَلْهُ الأَمْرُ، وهو الغد، فإنَّها لو اختارت نفسها في الغد لا تطلق؛ لأنه لم يتناوله الأمر.

وإنما ذكر **قوله:** مِنْ جِنْسِهِمَا، احترازًا عن **قوله:** أَمْرُكِ بِيَدِكِ اليَوْمَ وَغَدٍ، فإنه دخلت فيه الليلةُ وإن لم تكن من جنس اليوم والغد؛ لما أن المراد منه مدُّ وقت واحد بيومين، فتدخل فيهما الليلة ضرورة وإن لم تكن من جنسها، وهاهُنا لم يدخل الغد وإن كان من جنس اليوم وبعد غد عُلم أن المراد منه تجديد الأمر لها في كل واحد من الوقتين المذكورين، معتبَرًا كل واحد منهما منفردًا لا متصلًا، وبذكر اليوم بعبارة الفرد لا يدخل فيه الليل.

قوله: وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ: هُمَا أَمْرٌ وَاحِدٌ، وكذلك لو قال: اليوم ورأس الشهر؛ لأنه

قَوْلِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ الْيَوْمَ وَبَعْدَ غَدٍ، قُلْنَا: الطَّلَاقُ لا يَحْتَمِلُ التَّأْقِيتَ، وَالأَمْرُ بِاليَدِ يَحْتَمِلُهُ، فَيُوَقَّتُ الأَمْرُ بِالأَوَّلِ وَجَعَلَ الثَّانِيَ أَمْرًا مُبْتَدَأً (وَلَوْ قَالَ أَمْرُكِ بِيَدِكِ الْيَوْمَ وَغَدًا يَدْخُلُ اللَّيْلُ فِي ذَلِكَ، فَإِنْ رَدَّتِ الأَمْرَ فِي يَوْمِهَا لا يَبْقَى الأَمْرُ فِي يَدِهَا فِي غَدٍ) لِأَنَّ هَذَا أَمْرٌ وَاحِدٌ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَخَلَّلْ بَيْنَ الوَقْتَيْنِ المَذْكُورَيْنِ وَقْتٌ مِنْ جِنْسِهِمَا لَمْ يَتَنَاوَلْهُ الكَلَامُ وَقَدْ يَهْجُمُ اللَّيْلُ وَمَجْلِسُ المَشْورَةِ لا يَنْقَطِعُ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ: أَمْرُكِ بِيَدِكِ فِي يَوْمَيْنِ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهَا إِذَا رَدَّتِ الأَمْرَ فِي اليَوْمِ لَهَا أَنْ تَخْتَارَ نَفْسَهَا غَدًا لِأَنَّهَا لا تَمْلِكُ رَدَّ الأَمْرِ كَمَا لا تَمْلِكُ رَدَّ الإِيقَاعِ.

عطف أحد الوقتين على الآخر من غير تكرار لفظ الأمر، فيكون أمرًا واحدًا كما في **قوله:** الْيَوْمَ وَغَدًا، ولكنا نقول: أحد الوقتين المذكورين هاهُنا غير متصل بالآخر، بل بينهما وقت غير مذكور، ولا يثبت فيه حكم الأمر، فعرفنا أنه ليس المراد بذكر الوقت الثاني امتداد الأمر الأول، فاقتضى ضرورة إيجاب أمر آخر.

فأمَّا إذا قال: وَغَدًا، فأحد الوقتين متصل بالوقت الآخر، فكان ذكر الغد لامتداد حكم الأمر إليه فلا يثبت به الأمر الآخر؛ إذ لا ضرورة فيه، كذا في «المبسوط».

قوله: وَالأَمْرُ بِاليَدِ يَحْتَمِلُهُ؛ أي: يحتمل التأقيت، فلما توقَّت الأمرُ باليوم الأول وانقطع بمجيء الغد لم يعد بعد الانقطاع إلا بتجديد الأمر، فاقتضى ذكرُ ما بعد الغد بسبب العطف على اليوم أمرًا آخر، فصار كأنه قال ثانياً: أمرك بيدك بعد غد، فيكون الأمرُ في يدها بعد الغد، وأمَّا الطلاق فلا يحتمل التأقيتَ حتى ينقطع بمضي اليوم، فبقي الوصف في بعد الغد بطلاقٍ واحدٍ فلم يقتض واقعاً آخر، كذا في «مبسوط فخر الإسلام» رحمه الله.

قوله: لِأَنَّهَا لا تَمْلِكُ رَدَّ الأَمْرِ، كَمَا لا تَمْلِكُ رَدَّ الإِيقَاعِ، معنى هذا الكلام هو أنه ليس للمرأة أن ترد الأمر باليد الذي صدر من زوجها، كما أنَّها ليس لها أن ترد وقوع الطلاق الذي أوقعه زوجها عليها بقوله: أنت طالق؛ أي: ليس للمرأة أن تقول لا أقبل الأمر باليد، بعد ما

وَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّهَا إِذَا اخْتَارَتْ نَفْسَهَا اليَوْمَ لا يَبْقَى لَهَا الخِيَارُ فِي الغَدِ، فَكَذَا إِذَا اخْتَارَتْ زَوْجَهَا بِرَدِّ الأَمْرِ لِأَنَّ المُخَيَّرَ بَيْنَ الشَّيْئَيْنِ لا يَمْلِكُ إِلَّا اخْتِيَارَ أَحَدِهِمَا، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ إِذَا قَالَ: أَمْرُكِ بِيَدِكِ اليَوْمَ وَأَمْرُكِ بِيَدِكِ غَدًا أَنَّهُمَا أَمْرَانِ لِمَا أَنَّهُ ذَكَرَ لِكُلِّ وَقْتٍ خَبَرًا بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ.

(وَإِنْ قَالَ: أَمْرُكِ بِيَدِكِ يَوْمَ يَقْدَمُ فُلَانٌ فَقَدِمَ فُلَانٌ فَلَمْ تَعْلَمْ بِقُدُومِهِ حَتَّى جَنَّ اللَّيْلُ

قال لها الزوج: أمرك بيدك، فإن الأمرَ باليد يثبت لها إذا قال الزوج: أمرك بيدك من غير قبول منها، كما يثبت إيقاع الطلاق عليها إذا قال الزوج لها: أنت طالق من غير قبول منها، فإذا كان كذلك كان الأمرُ باقيًا في الغد كما كان، فكان لها أن تختار نفسها غدًا.

وذكر الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في «الجامع الصغير» في هذا الموضع: ولو اختارت زوجها اليوم بأن ردت الأمر لم يكن لها أن تختار نفسها غدًا، إلا في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله ذكره الكرخي رحمه الله، أن لها أن تختار نفسها غدًا، وجعل ردها الأمر في اليوم بمنزلة قيامها عن المجلس أو اشتغالها بعمل آخر، فيكون لها أن تختار نفسها غدًا، وكأنه ذهبَ إلى أنَّها لا تملك ردّ الأمر كما لا تملك رد الإيقاع، ألا ترى أنه لا يتوقف صيرورة الأمر في يدها على قبولها، فكذلك لا يرتدّ بردِّها.

وجه ظاهر الرواية أن الوقت المذكور هاهُنا بمنزلة المجلس في قوله: أمرك بيدك مطلقًا، وهناك لو اختارت زوجها خرج الأمر عن يدها، وإن بقي المجلس فهاهُنا إذا اختارت زوجها يخرج الأمر من يدها أيضًا؛ وهذا لأن لها الخيار بين أن تختار نفسها بإيقاع الطلاق وبين أن تختار زوجها برد الأمر، ولو اختارت نفسها طلقت ولم يبق لها خيار في الغد، فكذلك إذا اختارت زوجها قلنا لا يبقى لها الخيار في الغد.

قوله: وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ إِذَا قَالَ: أَمْرُكِ بِيَدِكِ اليَوْمَ وَأَمْرُكِ بِيَدِكِ غَدًا أَنَّهُمَا أَمْرَانِ، حتى إذا اختارت زوجها اليوم ثمَّ جاء الغد صار الأمرُ في يدها، جعل شمس الأئمة

فَلَا خِيَارَ لَهَا) لِأَنَّ الأَمْرَ بِاليَدِ مِمَّا يَمْتَدُّ فَيَحْمِلُ اليَوْمَ المَقْرُونَ بِهِ عَلَى بَيَاضِ النَّهَارِ وَقَدْ حَقَّقْنَاهُ مِنْ قَبْلُ فَيَتَوَقَّتُ بِهِ ثُمَّ يَنْقَضِي بِانْقِضَاءِ وَقْتِهِ (وَإِذَا جَعَلَ أَمْرَهَا بِيَدِهَا أَوْ خَيَّرَهَا فَمَكَثَتْ يَوْمًا لَمْ تَقُمْ فَالأَمْرُ فِي يَدِهَا مَا لَمْ تَأْخُذْ فِي عَمَلٍ آخَرَ) لِأَنَّ

السرخسي رحمه هذه الرواية صحيحةً فقال: وهو صحيحٌ؛ لأنه لمَّا ذكر لكلِ وقت خبَرًا عرفنا أنه لم يرد اشتراك الوقتين في الخبر الواحد.

وجعل الإمام قاضي خان رحمه الله هذه الرواية أصل الرواية، ولم يذكر فيه خلاف أحدٍ، ثم قال: وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله: لو قال لها: أمرك بيدك اليوم، كان الأمرُ بيدها إلى غروب الشمس، ولو قال: أمرك بيدك في اليوم، فقامت عن مجلسها بطل، وهو على ما ذكرنا من الأصل في قوله: أنت طالق غدًا أنت طالق في غدٍ.

قوله: فَيَحْمِلُ اليَوْمَ المَقْرُونَ بِهِ عَلَى بَيَاضِ النَّهَارِ، أي: اليوم المقرون بالأمر باليد، ولمَّا لم يعلم بالقدوم حتى غربت الشمس فإنما علمت بعد انقضاء مدة الأمر فلا يبقى الأمر في يدها، كما لو جعل أمرها بيدها غدًا وهي غائبة، كان لها الخيار إذا علمت، فإن طلقت نفسها قبل العلم لم تطلق في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله؛ لأن أوامر الشرع لا تلزم بدون العلم، فأوامر العباد كان أولى أن لا تثبت، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

فإن قلتَ: فقد وجد في هذه المسألة فعل ممتد وهو الأمر باليد، وفعل غير ممتد وهو القدوم، فلماذا ترجحت جهة الفعل الممتد حتى حمل اليوم على بياض النهار، ولم يترجح جانب الفعل الذي هو غير ممتد حتى يحمل اليوم على مطلق الوقت؟

قلتُ: جواب هذا وما يلحق به من الشبهة قد ذكرت في آخر فصل إضافة الطلاق إلى الزمان في قوله: وَمَنْ قَالَ لِامْرَأَةٍ: يَوْمَ أَتَزَوَّجُكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ، والله أعلم.

قوله: وَقَدْ حَقَّقْنَاهُ مِنْ قَبْلُ، إشارة إلى ذلك الموضع أيضـًا.

قوله: وَإِذَا جَعَلَ أَمْرَهَا بِيَدِهَا أَوْ خَيَّرَهَا فَمَكَثَتْ يَوْمًا لَمْ تَقُمْ فَالأَمْرُ فِي يَدِهَا مَا لَمْ تَأْخُذْ فِي عَمَلٍ آخَرَ، دينيًّا ذلك العمل أو دنيويًّا، فإذا أخذت في عمل آخر على وجه يعرف

هَذَا تَمْلِيكُ التَّطْلِيقِ مِنْهَا (لِأَنَّ المَالِكَ مَنْ يَتَصَرَّفُ بِرَأْيِ نَفْسِهِ وَهِيَ بِهَذِهِ الصِّفَةِ وَالتَّمْلِيكُ يَقْتَصِرُ عَلَى المَجْلِسِ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ) ثُمَّ إِنْ كَانَتْ تَسْمَعُ يُعْتَبَرُ مَجْلِسُهَا

أن ذلك العمل قطع حكم اتحاد المجلس خرج الأمر من يدها، وسيأتيك بُعيد هذا بيان أنواع ذلك العمل وأضداده.

فإن قلتَ: في الأمر باليد أحكام متناقضة فلا بد من وجه التوفيق، فإنه ذكر قبل هذا: وَلَوْ قَالَ أَمْرُكِ بِيَدِكِ اليَوْمَ وَغَدًا يَدْخُلُ اللَّيْلُ، فلا يبطل هناك الأمر باليد في اليومين، وإن قامت عن المجلس؛ لأنه لو بطل بالقيام عن المجلس لم يكن لتقييده باليومين فائدةٌ؛ لما أن المرأة إذا لم تقم عن مجلسها لا يخرج الأمر من يدها وإن بقيت أياماً وشهورًا، وكذلك إن كانت غائبةً ولم تسمع الأمر باليد، فيبقي الأمرُ بيدها إلى ما وراء المجلس، كذا في «الذخيرة».

وقال هاهُنا يبطل بالقيام عن المجلس، فلو قلتَ: عدم بطلانه في المسألة الأولى باعتبار أن وقتُه بيومين لا يصح أيضاً؛ لما أنَّ فيه معنى التمليك أو التعليق كما ذكر في الكتاب، فكلاهما غير قابل للتوقيت كالبيع، والهبة، والطلاق، والعتاق.

وذكر في «الذخيرة» أيضاً: إذا جعل أمر امرأته بيدها أو بيد أجنبي ثم إنَّها ردت الأمر أو رده الأجنبي لا يبطل الأمر؛ لأن هذا تمليك شيء لازم فيقعُ لازماً والمسألة مروية عن أصحابنا.

وذكر في الكتاب: وَلَوْ قَالَ أَمْرُكِ بِيَدِكِ اليَوْمَ وَغَدًا، وإن ردَّت الأمر في يومها لا يبقى الأمرُ في يدها فكان قابلًا للرد، فلو قلتَ: إن قبول الرد فيما ذكر في الكتاب باعتبار أنه مؤقت فقد ذكر في المطلق أيضاً، وهو الذي نحن فيه أنه يرتد بالقيام عن المجلس، فكان المطلق أيضاً قابلًا للردّ.

وذكر في «فصول الأستروشني»: إذا جعل الرَّجل أمر امرأته بيدها ثم طلقها طلاقاً بائناً خرج الأمرُ من يدها، وذكر في موضع آخر فيها: لا يخرج الأمر من يدها وإن كان الطلاق بائناً، فلا بُدَّ من دفع هذه المناقضات، فَبِه يظهر فقهُ المرء، وكثرة مُطالعاته، وامتداد مُراجعاته في تفتيش المعانِي بإحياء الليالي، وهجر الدَّعة والتوانِي.

ذَلِكَ، وَإِنْ كَانَتْ لا تَسْمَعُ فَمَجْلِسُ عِلْمِهَا وَبُلُوغِ الخَبَرِ إِلَيْهَا لِأَنَّ هَذَا تَمْلِيكٌ فِيهِ مَعْنَى التَّعْلِيقِ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى مَا وَرَاءَ المَجْلِسِ، وَلا يُعْتَبَرُ مَجْلِسُهُ لِأَنَّ التَّعْلِيقَ لازِمٌ

قلتُ: وبالله التوفيق، اعلم أن الأمر باليد فيه معنى التمليك، وفيه معنى التعليق.

أمَّا التمليك فلما ذكر في الكتاب؛ لأن المالك هو الذي يتصرف لنفسه وهذا كذلك، فإن المرأة عاملة لنفسها ولا تكون نائبة عن الغير.

وأمَّا التعليق فإن الإيقاع وإن صدر من غير الزوج، إلا أن الوقوع مضافٌ إلى معنى من قبل الزوج على وجه يوجدُ الإيقاع من المرأة أم لا؟ فصار كأنه قال لها: إن طلقت نفسك فأنت طالق، وبناء هذه الأحكام لوجود هذين المعنيين، والتمليك والتعليق يتنافيان معنًى وحكماً؛ لما أن التمليك يقتضي التقرّرَ قطعاً، والتعليق يقتضي التردّدَ، فلذلك تتراآى الأحكام المبنية عليهما متناقضةً، لكن الشأن في التخريج ثم التمليكُ فيه معتبر بتمليك المنافع كالإجارة والعارية، لا بتمليك الأعيان كالبيع والهبة، وبهذا خرج الجواب عن المسألة الأولى، فإن الإجارة والعواري قابلة للتوقيت وإن كانت للتمليك، فكذا هنا.

وذكر في «الذخيرة»: ولا تسقطُ بالقيام عن المجلس في الأمر المؤقت بوقت ولا بشيء آخر؛ لأن في هذا التفويض معنى التعليق، والتوقيت يلائم التعليق، فصحَّ التوقيت من حيث أنه يتضمن التعليق، وإذا صح التوقيتُ في الأمر باليد صار الطلاق بيدها في هذه المُدَّة التي وقتها، فلو بطل الأمر بعد ذلك بقيامها عن المجلس أو بشيءٍ آخر لم يكن للتأقيت حينئذٍ فائدةً، ولما لم يكن في الأمر المطلق توقيت يراعى وجوده اعتبرنا جانب التمليك، فقلنا بالاقتصار على مجلس العلم واعتبرنا معنى التعليق، فقلنا ببقاء الإيجاب إلى ما وراء المجلس إذا كانت غائبة عملًا بالدليلين بقدر الإمكان.

وأمَّا المسألة الثانية فقد ذكر الإمام الأستروشني رحمه الله فقال: ولو جعل أمرها بيدها أو بيد أجنبي ثم أنَّها ردت الأمر أو رده الأجنبي لا يصح، وقد ذكر قبل ذلك أنه يرتدُّ بالرد، وجه التوفيق بينهما أن الأمر باليد يرتدّ بالرد عند التفويض، أمَّا بعد ذلك فلا يرتدّ بالرد، قال: نظير هذا مسألة ذكرها صاحب «المحيط» في أول إقرار «فتاواه»: وهي رجل أقرَّ بشيء لرجل

فِي حَقِّهِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ لِأَنَّهُ تَمْلِيكٌ مَحْضٌ لا يَشُوبُهُ التَّعْلِيقُ، وَإِذَا أُعْتُبِرَ مَجْلِسُهَا فَالْمَجْلِسُ تَارَةً يَتَبَدَّلُ بِالتَّحَوُّلِ وَمَرَّةً بِالأَخْذِ فِي عَمَلٍ آخَرَ عَلَى مَا بَيَّنَّا فِي الْخِيَارِ،

وصدقه المقرّ له ثم ردَّ إقراره لا يصح الرد، وحاصله أن الأمر باليد بمنزلة إبراء الدين من حيث أن ثبوته للمرأة لا يتوقف على القبول على ما ذكرتُ من «الجامع الصغير» لشمس الأئمَّة، ولكن يريد بالرد عند ابتداء التفويض كإبراء الدين، فإنه كذلك حيث يسقط الدين من غير قبول المديون، ولكن يرتدّ بالرد لما فيه من معنى الإسقاط ومعنى التمليك.

أمَّا الإسقاط فإن الدين عبارة عن وصف شرعي في الذمة يظهر أثره عند المطالبة، فبالإبراء أزال هذا الوصف فكان إسقاطاً كالإعتاق.

وأمَّا التمليك فلقوله تعالى: ﴿وَأَن تَصَدَّقُوا۟ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ ۝٢٨٠﴾ [البقرة: ٢٨٠]، سمي إبراء الدين بالتصديق، والتصديق عبارة عن التمليك.

وأمَّا المسألة الثالثة: وهي أن الذي قاله يخرج الأمر من يدها في الطلاق البائن هو فيما إذا كان الأمر باليد منجزًا خالياً عن الشرط، بأن قال لها: أمرك بيدك، والذي قاله لا يخرج الأمر من يدها في الطلاق البائن فيما إذا كان الأمر باليد معلقاً بالشرط، بأن قال: (اگر ترا بزنم)، أو قال: (اگر از تو غائب شوم)، أو ما أشبه ذلك فأمرك بيدك، ثم إنه خالعها أو طلقها طلاقاً بائناً لم يبطل الأمرُ، حتى لو تزوجها ثم ضربها أو غاب عنها يصير الأمرُ بيدها، سواء تزوَّجها في العدة أو بعد ما انقضت العدَّة، ولو طلقها ثلاثاً ثم تزوَّجت بزوج آخر، ثم عادت إلى الأول، ثم ضربها لا يصير الأمر بيدها، وهي مسألة أن التنجيز بالثلاث يبطل التعليق عندنا، خلافاً لزفر رحمه الله، كذا في «الفصول» في الفصل الحادي والعشرين.

وذكر في «الذخيرة»: ثم الأمر باليد قد يكون مرسلًا، وقد يكون معلقاً بالشرط، بأن قال: إذا قدم فلان فأمر امرأتِي بيدها، أو قال: بيد فلان، فإن كان مرسلًا فهو على وجهين: إن كان مطلقاً غير مؤقت فحكمه ما ذكرنا، أن المفوض إليه إن كان يسمع فالأمر بيده ما دام في ذلك المجلس، وإن لم يسمع أو كان غائباً فإنما يصير الأمر بيده إذا علم أو بلغه الخبر، فيكون الأمر في يده مادام في مجلس العلم، والقبولُ في المجلس ليس بشرط، ولكن

وَيَخْرُجُ الأَمْرُ مِنْ يَدِهَا بِمُجَرَّدِ القِيَامِ لِأَنَّهُ دَلِيلُ الإِعْرَاضِ، إِذِ القِيَامُ يُفَرِّقُ الرَّأْيَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا مَكَثَتْ يَوْمًا لَمْ تَقُمْ وَلَمْ تَأْخُذْ فِي عَمَلٍ آخَرَ لِأَنَّ المَجْلِسَ قَدْ يَطُولُ وَقَدْ يَقْصُرُ فَيَبْقَى إِلَى أَنْ يُوجَدَ مَا يَقْطَعُهُ أَوْ مَا يَدُلُّ عَلَى الإِعْرَاضِ، وَقَوْلُهُ مَكَثَتْ يَوْمًا لَيْسَ لِلتَّقْدِيرِ بِهِ، وَقَوْلُهُ مَا لَمْ تَأْخُذْ فِي عَمَلٍ آخَرَ يُرَادُ بِهِ عَمَلٌ يُعْرَفُ أَنَّهُ قَطْعٌ لِمَا كَانَ فِيهِ لا مُطْلَقَ العَمَلِ.

إذا ردَّ المفوض إليه ذلك يرتد برده؛ وهذا لما ذكرنا أن الأمر باليد يتضمن معنى التمليك، ومعنى التعليق والقبول في التعليقات ليس بشرط، فاعتبرنا معنى التعليق فلم يشترط القبول من المفوض إليه، واعتبرنا معنى التعليق فقلنا يرتد بالرد عملًا بالمعنيين بقدر الإمكان.

وأمَّا إذا كان هاهُنا مؤقتاً بوقت بأن قال: أمر امرأتي بيد زيد اليوم، فإن علم المفوض إليه بالأمر مع بقاء شيء من الوقت فله الخيار في بقيَّة الوقت، ولا يبطل بالقيام عن المجلس، وإن مضى الوقت قبل علم المفوض إليه بذلك ينتهي الأمر؛ لأنه خص التفويض بزمان فلا يبقى بعد مضي ذلك الزمان، وأمَّا إذا كان الأمرُ معلقاً بالشرط، فإنما يصير الأمر في يد المفوض إليه إذا جاء الشرط، وإذا جاء الشرطُ فإن كان الأمر مطلقاً غير مؤقت بوقت صار الأمر في يده في مجلس علمه، والقبولُ في ذلك المجلس ليس بشرط لكن يرتدُّ بالرد.

وإن كان مؤقتاً فعلم المفوض إليه بالأمر، مع بقاء شيء من الوقت فالأمرُ في يده مادام ذلك الوقت باقياً، فإذا مضى ذلك الوقت قبل العلم ينتهي الأمر، كما إذا قال: إذا قدم زيد فأمرك بيدك يوماً، ثم المرأة التي كان الأمرُ في يدها لو قالت: (طلاق افگندم) تطلق نوت الطلاق أم لا، ولو قالت: (امر افگندم) تطلق إن نوت الطلاق؛ لأن هذا اللفظ في العرف معين لإيقاع الطلاق.

قوله: وَقَوْلُهُ مَا لَمْ تَأْخُذْ فِي عَمَلٍ آخَرَ يُرَادُ بِهِ عَمَلٌ يُعْرَفُ أَنَّهُ قَطْعٌ لِمَا كَانَ فِيهِ لا مُطْلَقَ العَمَلِ، حتى لو لبست ثيابها من غير قيام، أو أكلت، أو شربت، أو قرأت قليلًا، أو قالت: أدعو أبي استشيره، أو ما هو شبه ذلك ممَّا هو من عمل الفرقة، كانت هيَ على خيارها، وهذا

(وَلَوْ كَانَتْ قَائِمَةً فَجَلَسَتْ فَهِيَ عَلَى خِيَارِهَا) لِأَنَّهُ دَلِيلُ الإِقْبَالِ فَإِنَّ القُعُودَ أَجْمَعُ لِلرَّأْيِ (وَكَذَا إِذَا كَانَتْ قَاعِدَةً فَاتَّكَأَتْ أَوْ مُتَّكِئَةً فَقَعَدَتْ) لِأَنَّ هَذَا انْتِقَالٌ مِنْ جِلْسَةٍ إِلَى جِلْسَةٍ فَلَا يَكُونُ إِعْرَاضًا، كَمَا إِذَا كَانَتْ مُحْتَبِيَةً فَتَرَبَّعَتْ، قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: هَذَا رِوَايَةُ الجَامِعِ الصَّغِيرِ، وَذَكَرَ فِي غَيْرِهِ أَنَّهَا إِذَا كَانَتْ قَاعِدَةً فَاتَّكَأَتْ لَا خِيَارَ لَهَا لِأَنَّ الِاتِّكَاءَ إِظْهَارُ التَّهَاوُنِ بِالأَمْرِ فَكَانَ إِعْرَاضًا، وَالأَوَّلُ هُوَ الأَصَحُّ،

الذي ذكرتُه كما يكون في قوله: أمرك بيدك، كذلك يكون في قوله لامرأته: اختاري نفسك، وفي قوله: طلقي نفسك، وفي قوله: أنت طالق إن شئت، وفي قوله لأجنبي: أمر امرأتِي بيدك، أو قال له: طلقها إذا شئت، أو إن شئت، أو أمر امرأتِي بيدك في أن تخلعها، وكذلك في قوله: اعتق عبدي إذا شئت، بخلاف الوكيل بالبيع إذا قيل له: بعه إن شئت، حيث لا يقتصر على المجلس؛ لأن البيع لا يحتمل التعليق فلم يتقيَّد بالمجلس، وبخلاف قوله لامرأتِي: طلقي ضرتك؛ لأنه توكيل، ولهذا يملك الرجوع عنه، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

وفي «فتاوى أهل سمرقند»: أمر امرأتِي بيدها، فقالت المرأة: أعطني كذا إن طلقتني، فقال الزوج: ما أدري ما هذا؟ فقالت المرأة: إن جعلتَ أمري بيدي فقد طلقتُ نفسي، لا تطلق؛ لأنها تكلَّمت بكلام زائد وهو قولها: أعطني كذا إن طلقتني، إلى آخره، وقولها: إن جعلت أمري بيدي فقد قطعتُ المجلس.

وفيها أيضاً: رجل قال لامرأته: أمر ثلاث تطليقاتك بيدك، فقالت له: لِمَ لا تطلقني بلسانك؟ فقالت: طلقتُ نفسي طلقت؛ لأن قولها: لِمَ لا تطلقني بلسانك؟ ليس برد للتمليك، فكان لها أن تطلق نفسها بعد ذلك، وفيه نوع نظر؛ لأنه يتبدل به المجلس من حيث أنه كلام زائد، كذا في «المحيط»، و«الذخيرة».

قوله: وَالأَوَّلُ هُوَ الأَصَحُّ، احتراز عن الرواية الأخرى: أَنَّهَا إِذَا كَانَتْ قَاعِدَةً فَاتَّكَأَتْ، ففيه روايتان، والصحيح أنه لا يبطل خيارها؛ لأن مستجمع الرأي يتكئ مرَّة ويقعد أخرى، وإن سبَّحت أو قرأت شيئاً قليلًا لم يبطل خيارها؛ لأنه قد يفعل ذلك للاستخارة إلا إذا

وَلَوْ كَانَتْ قَاعِدَةً فَاضْطَجَعَتْ فَفِيهِ رِوَايَتَانِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -.

(وَلَوْ قَالَتْ: اُدْعُ أَبِي أَسْتَشِيرُهُ أَوْ شُهُودًا أُشْهِدُهُمْ فَهِيَ عَلَى خِيَارِهَا) لِأَنَّ الِاسْتِشَارَةَ لِتَحَرِّي الصَّوَابِ، وَالإِشْهَادَ لِلتَّحَرُّزِ عَنِ الإِنْكَارِ فَلَا يَكُونُ دَلِيلَ الإِعْرَاضِ (وَإِنْ كَانَتْ تَسِيرُ عَلَى دَابَّةٍ أَوْ فِي مَحْمَلٍ فَوَقَفَتْ فَهِيَ عَلَى خِيَارِهَا، وَإِنْ سَارَتْ بَطَلَ خِيَارُهَا) لِأَنَّ سَيْرَ الدَّابَّةِ وَوُقُوفَهَا مُضَافٌ إِلَيْهَا (وَالسَّفِينَةُ بِمَنْزِلَةِ البَيْتِ) لِأَنَّ سَيْرَهَا

طال، كذا في «الإيضاح».

ودليل **قوله**: وَالأَوَّلُ هُوَ الأَصَحُّ، أيضاً هو أن من حزبه أمر قد يستند للتفكر؛ لما أن الاستناد سبب للراحة كالقعود في حق القائم؛ ولأن الاتكاء نوع جلسة فلا يتغير به ما هو الثابت للجالس.

وفي «المبسوط»: وإن خيرها وهي في صلاة مكتوبة فأتمت صلاتها لم يبطل خيارها؛ لأنها ممنوعة عن قطع الصلاة قبل الإتمام، فلا تتمكن من الاختيار ما لم تفرغ، ودليل الإعراض بترك الاختيار بعد التمكن منه والوتر في هذا كالمكتوبة؛ لأنها ممنوعة من قطعها قبل الإتمام، فأمّا في التطوع إذاكانت في الشفع الأول فأتمّت ذلك الشفع لا يبطل خيارها؛ لأنها ممنوعة من إبطال العمل، والركعة الواحدة لا تكون صلاة معتبرة كما قال ابن مسعود رضي الله تعالى عنه: «والله ما أجزت ركعة قط»، وإن تحولت إلى الشفع الثاني بطل خيارها؛ لأن كل شفع من التطوع صلاة على حدة، فاشتغالها بالشفع الثاني دليل الإعراض، بمنزلة ما لو افتتحت الصلاة بعد ما خيّرها الزوج.

وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله في الأربع قبل الظهر: إذا كانت في الشفع الأول حين خيّرها فأتمت أربعاً لم يسقط خيارها؛ لأن هذه الأربع تؤدي بتسليمة واحدة عادةً.

قوله: وَالسَّفِينَةُ بِمَنْزِلَةِ البَيْتِ، يريد بهذا أن السفينة متى سارت لا يبطل خيارها، بخلاف الدابة إذا سارت حيث يبطل الخيار؛ لما أن السفينة لا تجريها راكبها بل هي تجري به، قال الله تعالى: ﴿وَهِيَ تَجْرِي بِهِمْ﴾ [هود: ٤٢]، وسير الدابة مضاف إلى راكبها، فكان

غَيْرُ مُضَافٍ إِلَى رَاكِبِهَا، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لا يَقْدِرُ عَلَى إِيقَافِهَا وَرَاكِبُ الدَّابَّةِ يَقْدِرُ.

ذلك كمشيها في حكم تبدل المجلس، إلا أن تكون الدابة واقفة، أو تكون سائرة فاختارت نفسها متصلًا بتخيير الزوج من غير سكوت بين الكلامين، فحينئذٍ يصح اختيارها؛ لأن دليل الإعراض إنَّما يتحقق بسكوتها بعد تخيير الزوج ولم يوجد.

وكذلك إن كان معها على تلك الدابة، أو كانا في مَحْمَل واحد، وهكذا الجوابُ في البيع إن اتصل قبول المشتري بإيجاب البايع من غير سكتة بينهما، في هذا الفصل ينعقد البيع، وإلا فلا، كذا في «المبسوط»، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

فَصْلٌ فِي المَشِيئَةِ

(وَمَنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: طَلِّقِي نَفْسَكِ وَلا نِيَّةَ لَهُ أَوْ نَوَى وَاحِدَةً فَقَالَتْ: طَلَّقْتُ نَفْسِي فَهِيَ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ، وَإِنْ طَلَّقَتْ نَفْسَهَا ثَلاثًا وَقَدْ أَرَادَ الزَّوْجُ ذَلِكَ وَقَعْنَ عَلَيْهَا) وَهَذَا لِأَنَّ قَوْلَهُ طَلِّقِي مَعْنَاهُ افْعَلِي فِعْلَ التَّطْلِيقِ، وَهُوَ اسْمُ جِنْسٍ فَيَقَعُ عَلَى الأَدْنَى مَعَ احْتِمَالِ الكُلِّ كَسَائِرِ أَسْمَاءِ الأَجْنَاسِ، فَلِهَذَا تَعْمَلُ فِيهِ نِيَّةُ الثَّلَاثِ، وَيَنْصَرِفُ إِلَى وَاحِدَةٍ عِنْدَ عَدَمِهَا وَتَكُونُ الوَاحِدَةُ رَجْعِيَّةً لِأَنَّ المُفَوَّضَ إِلَيْهَا صَرِيحُ الطَّلَاقِ، وَلَوْ نَوَى الثِّنْتَيْنِ لا تَصِحُّ لِأَنَّهُ نِيَّةُ العَدَدِ إِلَّا إِذَا كَانَتِ المَنْكُوحَةُ أَمَةً لِأَنَّهُ جِنْسٌ فِي حَقِّهَا. (وَإِنْ قَالَ لَهَا: طَلِّقِي نَفْسَكِ قَالَتْ: أَبَنْتُ نَفْسِي طَلُقَتْ) وَلَوْ قَالَتْ: قَدِ اخْتَرْتُ نَفْسِي لَمْ تَطْلُقْ لِأَنَّ الإِبَانَةَ مِنْ أَلفَاظِ الطَّلَاقِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَبَنْتُكِ

فصلٌ في المشيئة

وقد تقدم ذكر وجه المناسبة.

قوله: وَقَدْ أَرَادَ الزَّوْجُ ذَلِكَ وَقَعْنَ عَلَيْهَا، وقد أشبعنا الفرق بين هذا وبين قول الزوج: طلقت، ونوى الثلاث حيث لا يصح نية الثلاث هناك، وصحت هاهُنا في أوائل باب إيقاع الطلاق.

قوله: قَالَتْ: أَبَنْتُ نَفْسِي طَلُقَتْ، أي: طلقت طلاقاً رجعيًا، وكذا لو قالت: أنا بائنٌ أو حرامٌ أو برية، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

يَنْوِي بِهِ الطَّلَاقَ أَوْ قَالَتْ: أَبَنْتُ نَفْسِي فَقَالَ الزَّوْجُ: قَدْ أَجَزْتُ ذَلِكَ بَانَتْ فَكَانَتْ مُوَافِقَةً لِلتَّفْوِيضِ فِي الأَصْلِ إِلَّا أَنَّهَا زَادَتْ فِيهِ وَصْفًا وَهُوَ تَعْجِيلُ الإِبَانَةِ فَيَلْغُو الوَصْفُ الزَّائِدُ وَيَثْبُتُ الأَصْلُ، كَمَا إِذَا قَالَتْ: طَلَّقْتُ نَفْسِي تَطْلِيقَةً بَائِنَةً، وَيَنْبَغِي أَنْ تَقَعَ تَطْلِيقَةً رَجْعِيَّةً،

قوله: فَيَلْغُو الوَصْفُ الزَّائِدُ - وهو الإبانة - وَيَثْبُتُ الأَصْلُ، وهو نفس الطلاق.

فإن قلتَ: يشكل على هذا إذا قال الزوج لها: طلقي نفسك نصف تطليقة، فطلقت نفسها تطليقة لم تقع، وكذا لو أمرها بثلاث فطلقت نفسها ألفاً لا يقعُ، والمسألتان في «الجامع الصغير» للإمام التمرتاشي، مع أنَّها أتت بالأصل والزائد، فيجبُ على ما ذكر في الكتاب أن يثبت الأصل ويلغوا الزائد.

قلتُ: ما ذكر في الكتاب من الزائد هو وصف، وهو الإبانة، فيصح أن يلغى الوصف لانحطاط درجته، فكان في الإتيان بالأصل موافقة للزوج فتطلق.

أمَّا هاهُنا ففي المسألة الأولى النصف الثانِي أصل كالنصف الآخر، فلم يثبت التبعيَّة، فكانت هي بالإتيان بالواحدة مغيرةً للَّفظ لا موافقةً، فلا يصح جواباً فيلغوا؛ ولأن الزوج ملَّكها نصف الطلاق الذي يقع سارياً، فإذا أوقعت الواحدة لا تكون آتية بما فُوّض إليها فلا تقع.

وفي المسألة الثانية المرأة ليست بمالكة للطلاق، وإنما تملك ما ملكت من الطلاق بقدر التفويض والأمر؛ فإذا خالفت لم يصح إيجاب الألف جملةً، فلم يثبت ما في ضمنه من الثلاث، بخلاف الرجل إذا طلق امرأته ألفاً، فإن الثلاث تقع؛ لأن الرجل يتكلم بالطلاق عن ملك لا عن أمرٍ، فهو لمالكيته يملك ما شاء من العدد، إلا أنه لا ينفذ إلا بقدر المحل فإن المحل شرط النفاذ لا شرط الإيجاب، وإذا كان كذلك صح إيجاب الألف في نفسها فيثبت ما في ضمنها من الثلاث أيضاً، ونفذ بقدر المحل، إلى هذا أشار صاحب «الأسرار»، والإمام التمرتاشي رحمهما الله.

قوله: وَيَنْبَغِي أَنْ تَقَعَ تَطْلِيقَةً رَجْعِيَّةً، هذا شرح لإطلاق جواب محمد رحمه الله

بِخِلَافِ الِاخْتِيَارِ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَلفَاظِ الطَّلَاقِ؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ لَوْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ اخْتَرْتُكِ أَوِ اخْتَارِي يَنْوِي الطَّلَاقَ لَمْ يَقَعْ، وَلَوْ قَالَتِ ابْتِدَاءً: اخْتَرْتُ نَفْسِي فَقَالَ الزَّوْجُ: قَدْ أَجَزْتُ لا يَقَعُ شَيْءٌ إِلَّا أَنَّهُ عُرِفَ طَلَاقًا بِالإِجْمَاعِ إِذَا حَصَلَ جَوَابًا لِلتَّخْيِيرِ، وَقَوْلُهُ طَلِّقِي نَفْسَكِ لَيْسَ بِتَنْجِيزٍ فَيَلْغُو، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ لا يَقَعُ شَيْءٌ بِقَوْلِهَا أَبَنْتُ نَفْسِي لِأَنَّهَا أَتَتْ بِغَيْرِ مَا فَوَّضَ إِلَيْهَا إِذِ الإِبَانَةُ تَغَايُرُ الطَّلَاقِ.

(وَلَوْ قَالَ لَهَا: طَلِّقِي نَفْسَكِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَنْهُ)؛ لِأَنَّ فِيهِ مَعْنَى اليَمِينِ؛ لِأَنَّهُ تَعْلِيقُ الطَّلَاقِ بِتَطْلِيقِهَا وَاليَمِينُ تَصَرُّفٌ لازِمٌ، وَلَوْ قَامَتْ عَنْ مَجْلِسِهَا بَطَلَ؛ لِأَنَّهُ تَمْلِيكٌ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ لَهَا: طَلِّقِي ضَرَّتَكِ؛ لِأَنَّهُ تَوْكِيلٌ وَإِنَابَةٌ فَلا يَقْتَصِرُ

وهو قوله: طُلِقَتْ، فإن محمدًا رحمه الله لم يتعرض لوصف الإبانة، فكان رجعيًا نظرًا إلى الطلاق وهو المتيقَّن.

قوله: بِخِلَافِ الِاخْتِيَارِ، متعلق **بقوله**: لِأَنَّ الإِبَانَةَ مِنْ أَلفَاظِ الطَّلَاقِ، إلى آخره؛ ولأن الكناية إذا صلحت صفةً للصريح يصير الصريح عند ذكر الكناية في مضمون الكلام فيصح جوابًا؛ لأن الجواب تارةً يكون صريحًا وتارةً يكون ضمنًا، وفيما نحن فيه البينونة تصلح صفة للصريح؛ لأن الصريح يصير بائنًا بانقضاء العدة، وكذلك إذا لم يكن مدخولًا بها، بخلاف الاختيار؛ لأن الطلاق لا يصير اختيارًا قط فلم يصلح جوابًا، فكان هذا منها إعراضًا فلا يقع شيء، وخرج الأمر من يدها لاشتغالها بما لا يعنيها، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: وَلَوْ قَالَ لَهَا: طَلِّقِي نَفْسَكِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَنْهُ؛ لِأَنَّ فِيهِ مَعْنَى اليَمِينِ، إلى **قوله**: بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ لَهَا: طَلِّقِي ضَرَّتَكِ لِأَنَّهُ تَوْكِيلٌ، فإن قلتَ: من أين اختص جهة اليمين في الأمر بطلاق نفسها دون غيرها، وكذلك أمره غيره بأن يطلق امرأته توكيل لا يمين، حتى صح الرجوع عنه، ومن أين اختص جهة التمليك في الأول وجهة التوكيل في الثاني؟

عَلَى المَجْلِسِ وَيَقْبَلُ الرُّجُوعَ (وَإِنْ قَالَ لَهَا: طَلِّقِي نَفْسَكِ مَتَى شِئْتِ فَلَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا فِي المَجْلِسِ وَبَعْدَهُ) لِأَنَّ كَلِمَةَ مَتَى عَامَّةٌ فِي الأَوْقَاتِ كُلِّهَا فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ فِي أَيِّ وَقْتٍ شِئْتِ.

(وَإِذَا قَالَ لِرَجُلٍ: طَلِّقْ امْرَأَتِي فَلَهُ أَنْ يُطَلِّقَهَا فِي المَجْلِسِ وَبَعْدَهُ) وَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَنْهُ لِأَنَّهُ تَوْكِيلٌ وَأَنَّهُ اسْتِعَانَةٌ، فَلَا يَلْزَمُ وَلَا يَقْتَصِرُ عَلَى المَجْلِسِ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ لِامْرَأَتِهِ: طَلِّقِي نَفْسَكِ لِأَنَّهَا عَامِلَةٌ لِنَفْسِهَا فَكَانَ تَمْلِيكًا لا تَوْكِيلًا (وَلَوْ قَالَ لِرَجُلٍ: طَلِّقْهَا

قلتُ: لمَّا اختص أمر الزوج لامرأته بطلاق نفسها بالتمليك للمعنى الذي ذكر، أنَّها تتصرف لنفسها لا لغيرها، وكان ذلك التمليك مشوباً بالتعليق؛ لأن فيه تعليق وقوع الطلاق بتطليقها كان يمينًا؛ لأن كل تعليق يوجد من الزوج في الطلاق هو يمين؛ لأن الطلاق ممَّا يحلف به فكان يميناً، واليمين ممَّا لا يقبل الرجوع بإجماع الأمة؛ لأن الأيمان تعقد للزجر عن الأفعال، أو للحمل على الأفعال على وجه التأكيد، ولو قبلت الرجوع ما أفادت فائدتها، فلمَّا كان فيه معنى اليمين والتمليك قلنا باللزوم لمعنى اليمين، وبالاقتصار على المجلس لمعنى التمليك، فلذلك لم يمكن الرجوع للزوج ممَّا أمر لامرأته بطلاق نفسها.

وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله أن قوله: طلق امرأتي أو طلقي ضرتك توكيل؛ لأن الوكيل من يعمل لغيره والأجنبي يعمل لغيره، وأمَّا المرأة في قول الزوج لها: طلقي نفسك فبالطلاق تعمل لنفسها، والتوكيل لا يقتصر على المجلس؛ لأنه لو اقتصر على المجلس رُبَّما لا يقدر على الفعل في المجلس، فلا يحصل الغرض ويملك الرجوع عنه؛ لأنه يعمل للموكل، وفي لحوق المنة ضرر به فكان له أن يرجع.

أمَّا قوله: طلقي نفسك تمليك وإنه يقتصر على المجلس؛ لما قلنا من إجماع الصحابة رضي الله عنهم في خيار المخيّرة؛ ولأن قوله طلقي نفسك مشتمل على التمليك والتعليق، أمَّا التمليك فلما قلنا، وأمَّا التعليق فلأن وقوع الطلاق معلق بقبول المرأة، فإن اعتبرناه تعليقاً كان لازمًا؛ لأن تعليق الطلاق لازم، وإن نظرنا إلى التمليك يكون لازماً

إنْ شِئْتِ فَلَهُ أَنْ يُطَلِّقَهَا فِي المَجْلِسِ خَاصَّةً) وَلَيْسَ لِلزَّوْجِ أَنْ يَرْجِعَ، وَقَالَ زُفَرُ - رَحِمَهُ اللهُ -: هَذَا وَالأَوَّلُ سَوَاءٌ لِأَنَّ التَّصْرِيحَ بِالمَشِيئَةِ كَعَدَمِهِ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ عَنْ مَشِيئَتِهِ فَصَارَ كَالوَكِيلِ بِالبَيْعِ إذَا قِيلَ لَهُ: بِعْهُ إنْ شِئْتَ، وَلَنَا أَنَّهُ تَمْلِيكٌ لِأَنَّهُ عَلَّقَهُ بِالمَشِيئَةِ وَالمَالِكُ هُوَ الَّذِي يَتَصَرَّفُ عَنْ مَشِيئَتِهِ، وَالطَّلَاقُ يَحْتَمِلُ التَّعْلِيقَ بِخِلَافِ البَيْعِ لِأَنَّهُ لا يَحْتَمِلُهُ.

أيضاً فيكون لازماً على كل حال.

أمَّا قوله لأجنبي: طلق امرأتِي، يشتمل على التوكيل والتعليق، وأن التعليق وإن كان يقتضي اللزوم فالتوكيل لا يقتضي اللزوم، بل يمنع فلا يثبت اللزوم؛ لأن اللزوم لم يكن ثابتًا.

قوله: وَالمَالِكُ هُوَ الَّذِي يَتَصَرَّفُ عَنْ مَشِيئَتِهِ، واختيار له، وأمَّا غير المالك فيطلب منه التصرف حتماً، فإذا ذكر المشيئة على وجه الشرط فيما يحتمل التعليق يصح ذكر المشيئة ويصير لازماً، بخلاف التوكيل بالبيع؛ لأنه ذكر المشيئة على وجه الشرط والبيع لا يحتمل التعليق بالشرط، فلا يصح ذكر المشيئة، وبدون المشيئة لا يصير لازماً، كذا ذكره الإمام قاضي خان.

فإن قيل: هذا توكيل للبيع لا البيع نفسُه والتوكيل به قابل للتعليق.

قلنا: اعتبر التوكيل بالبيع بأصل البيع.

ثم **قوله**: وَالمَالِكُ هُوَ الَّذِي يَتَصَرَّفُ عَنْ مَشِيئَتِهِ، فإن قيل: لو قال لأجنبي: طلق امرأتِي، كان الوكيل منصرفاً أيضاً عن مشيئة واختيار، فلم لا يكون تمليكاً على التفسير الذي قال؟

قلنا: إنما نشأ ذلك الاختيار والمشيئة عن عدم نفاذ إلزام الأمر عليه، لعدم الولاية لا من الصيغة؛ فإن الصيغة ملزمة إذا صدرت هي من ذي ولاية، ولمَّا قال للأجنبي: إن شئتَ، فالمشيئة جاءت من الصيغة صريحاً وأثبتت خاصية المالكية، فكان هذا الكلام للتمليك لا للإلزام، ألا ترى أن الله تعالى لو قال: اعملوا كذا إن شئتم، لم يكن إلزاماً وكان تمليكاً،

(وَلَوْ قَالَ لَهَا: طَلِّقِي نَفْسَكِ ثَلَاثًا فَطَلَّقَتْ وَاحِدَةً فَهِيَ وَاحِدَةٌ) لِأَنَّهَا مَلَكَتْ إِيقَاعَ الثَّلَاثِ فَتَمْلِكُ إِيقَاعَ الوَاحِدَةِ ضَرُورَةً (وَلَوْ قَالَ لَهَا: طَلِّقِي نَفْسَكِ وَاحِدَةً فَطَلَّقَتْ نَفْسَهَا ثَلَاثًا لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: تَقَعُ وَاحِدَةٌ) لِأَنَّهَا أَتَتْ بِمَا مَلَكَتْهُ وَزِيَادَةٍ فَصَارَ كَمَا إِذَا طَلَّقَهَا الزَّوْجُ أَلْفًا.

بخلاف المشيئة الثابتة للوكيل في ضمن عدم نفاذ ولاية إلزام الآمر، وكلامنا في المالكية المستفادة من الصيغ.

وذكر في «المبسوط»: وإذا قال لغيره: طلق امرأتي فهو رسول، معناه أن الوكيل في الطلاق والرسول سواءٌ؛ لأنه سفير ومُعبِّر، والرسالة لا تختص بالمجلس، فكان له أن يطلقها بعد المجلس، ولو قال له: طَلِّقْهَا إِنْ شِئْتَ، كان ذلك على المجلس عندنا حتى لا يملك الإيقاع بعد قيامه عن المجلس، لأنا نقول: بآخر كلامه يتبيَّن أن مراده تمليك أمرها منها لا الرسالة، وجوابُ التمليك يقتصر على المجلس كما لو خاطبها به.

وحاصل هذا أن في حقها لا يتحقق الرسالة، فإنها لا تكون رسولةً إلى نفسها فيكون تمليكـًا، سواءٌ قال لها: طلقي نفسك بدون ذكر المشيئة، أو قال: إن شئت، وفي حق الأجنبي يتحقق الرسالة والتمليك جميعـًا، فإذا قال: طلق كان رسالة، وإذا قال: إن شئت كان تمليكـًا لأمرها منه، وعلى هذا نقول إذا قال له: طلقها، له أن يعزله قبل الإيقاع، ولو قال له: طَلِّقْهَا إِنْ شِئْتَ، لم يكن له أن يعزله، كما لو ملك الأمر منها.

قوله: وَقَالَا: تَقَعُ وَاحِدَةٌ؛ لِأَنَّهَا أَتَتْ بِمَا مَلَكَتْهُ وَزِيَادَةٍ، بجرِّ زيادة؛ وهذا لأن الواحدة موجودة في الثلاث، فصار هو كما قالت: طلقت نفسي واحدة وواحدة وواحدة، وكما لو قال لها: طَلِّقِي نَفْسَكِ، فَطَلَّقَتْ نَفْسَهَا وضرَّتها، أو قال لعبده: اعتق نفسك، فأعتق نفسه وصاحبه.

ألا ترى أنه إذا قال لها: طَلِّقِي نَفْسَكِ، فقالت: أبنت نفسي، يقع عليها تطليقة رجعيَّة، وبما زادت من صفة البينونة لا تنعدمُ الموافقة في أصل الطلاق، فكذلك إذا أوقعت الثلاث؛ لأن موجب الثلاث البينونة الغليظة.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهَا أَتَتْ بِغَيْرِ مَا فَوَّضَ إِلَيْهَا فَكَانَتْ مُبْتَدِئَةً، وَهَذَا لِأَنَّ الزَّوْجَ

قوله: وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أَنَّهَا أَتَتْ بِغَيْرِ مَا فَوَّضَ إِلَيْهَا فَكَانَتْ مُبْتَدِئَةً، فيتوقف إيقاعها على إجازة الزوج، كما لو قال لها: طلقي نفسك، فطلقت ضرَّتها، وبيان الوصف أن الثلاث غير الواحدة؛ لأن الواحدة أصل العدد لا تركيب فيها، والثنتان والثلاث اسم لعدد مركب، فكانت المغايرة بينهما على سبيل المضادة، بخلاف ما لو قالت:واحدة وواحدة وواحدة؛ لأنها بالكلام الأول تكون ممتثلة لما فوّض إليها، وفي الكلام الثاني والثالث مبتدئة، وكذلك إذا أوقعت على نفسها وضرتها.

فإن قيل: فكذلك هاهُنا بقولها: طلقت نفسي، تكون ممتثلة لو اقتصرت عليه، وإنما تكون مبتدئة في قولها ثلاثـًا فتُلغى هذه الزيادة.

قلنا: الطلاق متى قُرن بالعدد فالوقوع بالعدد لا بلفظ الطلاق، ولهذا لو قال لغير المدخول بها: أنت طالق ثلاثـًا، تطلق ثلاثـًا، وكذا لو ماتت قبل قوله ثلاثـًا لا يقع الطلاق، فإذا كانت مبتدئة في كلمة الإيقاع، لم يقع عليها شيء بدون إجازته.

وبه فارق صفة البينونة؛ لأن قولها: أبنت نفسي، أي طلقتُ نفسي تطليقة بائنة، وأصل الطلاق إنما يقع بقولها طلقتُ نفسي لا بذكر صفة البينونة، وهي في ذلك ممتثلة أمرَه، وهذا بخلاف ما لو قال لها: طلقي نفسك ثلاثـًا، فطلقت نفسها واحدة؛ لأن الثلاث غير واحدةٍ، ولكن من ضرورة صيرورة الأمر في يدها في الثلاث وقوع الواحدة بإيقاعها، فإنها بعض ما صار مملوكـًا لها، فإنما ينفذ باعتبار أنها تصرفت فيما ملكت، وهاهُنا إنما صارت الواحدة في يدها، وليس من ضرورة صيرورة الواحدة في يدها صيرورة الثلاث في يدها، فهي في إيقاع الثلاثة غير متصرفة فيما يملك ولا ممتثلة أمرَه، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أَنَّهَا أَتَتْ بِغَيْرِ مَا فَوَّضَ إِلَيْهَا فَكَانَتْ مُبْتَدِئَةً، فحينئذٍ يتوقف ما أتت به على إجازة الزوج.

فإن قلتَ: قد ذكرتَ من «المبسوط» في أول فصل الأمر باليد: أن الزوج إذا قال لامرأته: أمرك بيدك ونوى الواحدة، والمرأة طلقت نفسها ثلاثـًا تقع واحدة عندنا، خلافـًا

مَلَّكَهَا الوَاحِدَةَ وَالثَّلَاثُ غَيْرُ الوَاحِدَةِ لِأَنَّ الثَّلَاثَ اسْمٌ لِعَدَدٍ مُرَكَّبٍ مُجْتَمِعٍ وَالوَاحِدَةُ فَرْدٌ لا تَرْكِيبَ فِيهِ فَكَانَتْ بَيْنَهُمَا مُغَايِرَةٌ عَلَى سَبِيلِ المُضَادَّةِ، بِخِلَافِ الزَّوْجِ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ بِحُكْمِ المِلْكِ، وَكَذَا هِيَ فِي المَسْأَلَةِ الأُولَى لِأَنَّهَا مَلَكَتِ الثَّلَاثَ، أَمَّا هَاهُنَا لَمْ تَمْلِكِ الثَّلَاثَ وَمَا أَتَتْ بِمَا فُوِّضَ إِلَيْهَا فَلَغَتْ.

(وَإِنْ أَمَرَهَا بِطَلَاقٍ يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ فَطَلَّقَتْ بَائِنَةً، أَوْ أَمَرَهَا بِالبَائِنِ فَطَلَّقَتْ رَجْعِيَّةً وَقَعَ مَا أَمَرَ بِهِ الزَّوْجُ) فَمَعْنَى الأَوَّلِ أَنْ يَقُولَ لَهَا الزَّوْجُ: طَلِّقِي نَفْسَكِ وَاحِدَةً أَمْلِكُ الرَّجْعَةَ فَتَقُولُ: طَلَّقْتُ نَفْسِي وَاحِدَةً بَائِنَةً فَتَقَعُ رَجْعِيَّةً لِأَنَّهَا أَتَتْ بِالأَصْلِ

لابن أبي ليلى، فعلى ما ذكر هاهُنا ينبغي أن لا يقع شيء؛ لأنها أتت بغير ما فُوِّض إليها؛ لأن الثلاث غير الواحدة على ما ذكر.

قلتُ: الجواب ما مرَّ هناك أيضـاً، وهو: أن التفويض لم يتعرض هناك بشيءٍ فقد يكون خاصًّا وقد يكون عامًّا، فإذا نوى الواحدة فقد قصد تفويضـاً خاصًّا، وهو غير مخالف للظاهر، فلما أوقعت هي ثلاثـاً فقد أوقعته فيما هو أصل التفويض وهو لا يكون أقل من الواحدة فيقع الواحدة.

قوله: وَالثَّلَاثُ غَيْرُ الوَاحِدَةِ، فإن قلتَ: أين ذهبَ قولنا: أن الواحد لا عين العشرة ولا غيرها؟ فكذلك الواحدة مع الثلاث لا عين الثلاث ولا غيرها، فلو لم يقع ما أوقعَتْه من حيث أنها لا عينها، فيقع من حيث أنها لا غيرها؛ لكونها موافقةً له في ذلك من ذلك الوجه.

قلتُ: المغايرة بين أسماء الأعداد أصلها ونفسها ثابتة فوق ثبوتها بين ألفاظ العموم والخصوص، حتى جرى المجاز والاستعارة في ألفاظ العموم والخصوص، بأن يذكر العام ويراد به الخاص، كما في قوله تعالى: ﴿فَنَادَتْهُ ٱلْمَلَٰٓئِكَةُ﴾ [آل عمران: ٣٩]، أو يُذكر العام ويراد به بعضه كما في قوله تعالى: ﴿فَٱقْتُلُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ﴾ [التوبة: ٥]، ولم يجز ذلك فيما بين أسماء الأعداد، لا بطريق الحقيقة ولا بطريق المجاز؛ لما أن ذلك بمنزلة أسماء

وَزِيَادَةِ وَصْفٍ كَمَا ذَكَرْنَا فَيَلْغُو الوَصْفُ وَيَبْقَى الأَصْلُ، وَمَعْنَى الثَّانِي أَنْ يَقُولَ لَهَا طَلِّقِي نَفْسَكِ وَاحِدَةً بَائِنَةً فَتَقُولُ طَلَّقْتُ نَفْسِي وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً فَتَقَعُ بَائِنَةً لِأَنَّ قَوْلَهَا وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً لَغْوٌ مِنْهَا لِأَنَّ الزَّوْجَ لَمَّا عَيَّنَ صِفَةَ المُفَوَّضِ إِلَيْهَا فَحَاجَتُهَا بَعْدَ ذَلِكَ إِلَى إِيقَاعِ الأَصْلِ دُونَ تَعْيِينِ الوَصْفِ فَصَارَ كَأَنَّهَا اقْتَصَرَتْ عَلَى الأَصْلِ فَيَقَعُ بِالصِّفَةِ الَّتِي عَيَّنَهَا الزَّوْجُ بَائِنًا أَوْ رَجْعِيًّا.

(وَإِنْ قَالَ لَهَا: طَلِّقِي نَفْسَكِ ثَلَاثًا إِنْ شِئْتِ فَطَلَّقَتْ نَفْسَهَا وَاحِدَةً لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ) لِأَنَّ مَعْنَاهُ إِنْ شِئْتِ الثَّلَاثَ وَهِيَ بِإِيقَاعِ الوَاحِدَةِ مَا شَاءَتِ الثَّلَاثَ فَلَمْ يُوجَدِ الشَّرْطُ

الأعلام لمسمياتها، حتى أَثَّر وصف العلمية في منع الصرف، فإنه لو اقترن بها سبب آخر يمتنع الصرف، فقالوا: ستةُ ضِعف ثلاثةُ بدون التنوين، فلم يجز أن يُذكر زيد ويراد به عمرو لا حقيقةً ولا مجازًا، فكذلك لا يجوز أن يذكر عدد معلوم ويراد ما فوقه أو ما تحته، فعُلم بهذا أن المغايرة بينهما ثابتة من كل وجهٍ.

وأمَّا قولنا: لا غيرها فباعتبار عدم تصور الأكثر منها بدون الأقل منه لا غير، وهو لا يقدح ثبوت المغايرة بينهما؛ لأنه يجوز أن يكون لأحد المتغايرين أوصاف، فبمشاركته للآخر في وصف من الأوصاف لا تثبت العينية، فلما كانت الثلاث مغايرة للواحدة كان الآتي بالثلاث مخالفاً للآمر بالواحدة لا محالة.

ولأن قولنا ذلك في العشرة الموجودة، وأمَّا الثلاث هاهُنا فمعدوم، والواحد الموجود غير الثلاث المعدوم لا محالة، وَهِيَ بِإِيقَاعِ الوَاحِدَةِ مَا شَاءَتِ الثَّلَاثَ، فَلَمْ يُوجَدِ الشَّرْطُ، وأمَّا لو قال لها: أنت طالقٌ ثلاثاً إن شئت، فقالت: قد شئتُ واحدةً وواحدةً وواحدةً، وقع عليها ثلاث تطليقات دخل بها أو لم يدخل؛ لأن تمام الشرط بآخر كلامها، فما لم يتم الشرط لم ينزل الجزاء، ولهذا وقع الثلاث عند تمام الشرط جملةً، ولو قالت: قد شئتُ واحدة فسكتت، ثم قالت: قد شئتُ واحدة وواحدة، لم يقع عليها شيءٌ؛ لأن كلامها يفرّق

(وَلَوْ قَالَ لَهَا: طَلِّقِي نَفْسَكِ وَاحِدَةً إِنْ شِئْتِ فَطَلَّقَتْ ثَلاثًا فَكَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) لِأَنَّ مَشِيئَةَ الثَّلَاثِ لَيْسَتْ بِمَشِيئَةٍ لِلْوَاحِدَةِ كَإِيقَاعِهَا (وَقَالَا: تَقَعُ وَاحِدَةٌ) لِأَنَّ مَشِيئَةَ الثَّلَاثِ مَشِيئَةٌ لِلْوَاحِدَةِ، كَمَا أَنَّ إِيقَاعَهَا إِيقَاعٌ لِلْوَاحِدَةِ فَوُجِدَ الشَّرْطُ.

(وَلَوْ قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ شِئْتِ فَقَالَتْ: شِئْتُ إِنْ شِئْتَ فَقَالَ الزَّوْجُ: شِئْتُ يَنْوِي الطَّلَاقَ بَطَلَ الأَمْرُ) لِأَنَّهُ عَلَّقَ طَلَاقَهَا بِالمَشِيئَةِ المُرْسَلَةِ وَهِيَ أَتَتْ بِالمُعَلَّقَةِ فَلَمْ

بسكوتها، وهي في الكلام الأول شاءت غير ما جعله الزوج شرطًا؛ لأن الشرط مشيئتها الثلاث، وقد شاءت الواحدة واشتغالها بمشيئة أخرى يكون ردًّا للمشيئة التي جعلها الزوج شرطـًا، فكان هذا بمنزلة قولها: لا أشاء، ولو قالت ذلك لم يكن لها مشيئة بعد ذلك، فكذلك هاهُنا، كذا في «المبسوط».

قوله: وَهِيَ بِإِيقَاعِ الوَاحِدَةِ مَا شَاءَتِ الثَّلَاثَ فَلَمْ يُوجَدِ الشَّرْطُ، فلذلك لم يقع شيءٌ.

فإن قلتَ: ما وجه الفرق بين هذه المسألة وبين قوله لها: طلقي نفسك ثلاثـًا، فطلقت واحدة يقع واحدة والصورة واحدة، ثم في تلك المسألة جعلها مالكةً لإيقاع الواحدة حتى جعل إيقاعها الواحدة إيقاعـًا لها، وهنا لم يجعلها مالكة لإيقاع الواحدة، حتى لم يقع شيء بإيقاعها الواحدة؟

قلتُ: جعل هاهُنا أيضـًا مالكة لإيقاع الواحدة إذا ملك إيقاع الثلاث ملك لأجزاء الثلاث، وإنَّما لم تقع الواحدة عند إيقاع الواحدة لعدم وجود الشرط؛ لأن الشرط لوقوع الطلاق مشيئة الثلاث، فبوجود مشيئة الواحدة لم يوجد مشيئة الثلاث ولم تقع الواحدة أيضـًا؛ لأن المشروط لا يتوزع على أجزاء الشرط، ألا ترى أن الرجل إذا قال لامرأته: إن دخلت هذه الدار وهذه الدار وهذه الدار فأنت طالق ثلاثـًا، فدخلت إحدى هذه الأدوُر الثلاث لا تقع الواحدة، فكذا هنا، وأمَّا في تلك المسألة فليس فيه شرط، فلمَّا ملكت الثلاث ملكت إيقاع الواحدة فوقعت الواحدة بإيقاعها.

يُوجَدِ الشَّرْطُ وَهُوَ اشْتِغَالٌ بِمَا لا يَعْنِيهَا فَخَرَجَ الأَمْرُ مِنْ يَدِهَا، وَلا يَقَعُ الطَّلَاقُ بِقَوْلِهِ شِئْتُ وَإِنْ نَوَى الطَّلَاقَ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي كَلَامِ المَرْأَةِ ذِكْرُ الطَّلَاقِ لِيَصِيرَ الزَّوْجُ شَائِيًا طَلَاقَهَا، وَالنِّيَّةُ لا تَعْمَلُ فِي غَيْرِ المَذْكُورِ حَتَّى لَوْ قَالَ: شِئْتُ طَلَاقَكِ يَقَعُ إِذَا نَوَى؛ لِأَنَّهُ إِيقَاعٌ مُبْتَدَأٌ إِذِ المَشِيئَةُ تُنْبِئُ عَنِ الوُجُودِ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ أَرَدْتُ طَلَاقَكِ؛ لِأَنَّهُ لا يُنْبِئُ عَنِ الوُجُودِ.

قوله: فَخَرَجَ الأَمْرُ مِنْ يَدِهَا، كما لو علقت بمشيئة رجل آخر.

قوله: وَلا يَقَعُ الطَّلَاقُ بِقَوْلِهِ شِئْتُ، فإن قيل: كان ينبغي أن يقع بقول الزوج: شئت؛ لأنه يملك إيقاع الطلاق بهذا اللفظ.

قلنا: إنما يملك الإيقاع بمشيئة الطلاق وهو بهذا اللفظ شاء مشيئتها؛ لأنه قصد جوابَها حتى لو قال: شئت الطلاق يقع إذا نوى، كذا في «المبسوط» لشمس الأئمَّة.

قوله: حَتَّى لَوْ قَالَ: شِئْتُ طَلَاقَكِ يَقَعُ إِذَا نَوَى، سواء ذكر هذا اللفظ، وهو **قوله:** شِئْتُ طَلَاقَكِ، بمقابلة جوابها أو ذكره ابتداء يقع الطلاق، بخلاف **قوله:** شِئْتُ، من غير ذكر الطلاق.

قوله: إِذِ المَشِيئَةُ تُنْبِئُ عَنِ الوُجُودِ، فصار كأنه قال: أوقعت طلاقك؛ وهذا لأن المشيئة في الأصل مأخوذة من الشيء، والشيء اسم للموجود فكان **قوله:** شِئْتُ، بمنزلة قوله: أوجدت، وإيجاد الطلاق بإيقاعه.

بخلاف الإرادة؛ فإنها في اللغة عبارة عن الطلب، قال النبي صلى الله عليه وسلم: «الحُمى رائد الموت»، أي طالبه، وفي المثل السائر: لا يكذب الرائدُ أهله، أي طالبُ العشب، وليس من ضرورة الطلب الوجودُ.

ورُوي عن أبي حنيفة رضي الله عنه ما يدل على التفرقة بين المشيئة والإرادة استدلالًا بهذه المسألة، ويجوز أن يكون بينهما تفرقة بالنسبة إلى العبادة وتسوية بالنسبة إلى الله تعالى؛

(وَكَذَا إِذَا قَالَتْ شِئْتُ إِنْ شَاءَ أَبِي أَوْ شِئْتُ إِنْ كَانَ كَذَا لِأَمْرٍ لَمْ يَجِئْ بَعْدُ) لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْمَأْتِيَّ بِهِ مَشِيئَةٌ مُعَلَّقَةٌ فَلَا يَقَعُ الطَّلَاقُ وَبَطَلَ الْأَمْرُ (وَإِنْ قَالَتْ: قَدْ شِئْتُ إِنْ كَانَ كَذَا لِأَمْرٍ قَدْ مَضَى طَلُقَتْ) لِأَنَّ التَّعْلِيقَ بِشَرْطٍ كَائِنٍ تَنْجِيزٌ.

لأن ما شاء الله يوجد لا محالةَ، وكذا ما يطلبه[1] بخلاف العباد، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

ثم مع هذا إنما يُشترط النية في **قوله**: شِئْتُ طَلَاقَكِ، مع ذكر الطلاق؛ لأنه قد يقصد وجودُه وقوعـًا وقد يقصد وجوده ملكـًا، فلا بُدَّ من النية ليتعين جهة الوجود وقوعـًا.

وذكر في «المحيط»: وإذا قال لها: شئت طلاقك، ذكر شيخ الإسلام رحمه الله في «شرحه»: أنه يقع الطلاق ولم يشترط نية الإيقاع.

وفي «المبسوط»: رجل قال لامرأته: شائي الطلاق، ينوي به الطلاق، فقالت: قد شئتُ، فهي طالق، وإن لم يكن له نية فليست بطالق؛ لما بينا أن مشيئتها من عمل قلبها كاختيارها، فهذا بمنزلة قوله: اختاري الطلاق، فقالت: قد اخترتُ، وهناك إن نوى الزوج الإيقاع يقع فكذلك هاهُنا في المشيئة، فإن قال: أحبي الطلاق، أو أريدي الطلاق، أو أهْوي الطلاق، فقالت: قد فعلتُ كان باطلًا، وإن نوى به الطلاق؛ لأن الإرادة والمحبة والهوى من العباد نوع تمنٍّ، فكأنه قال لها: تمني الطلاق فقالت: تمنيتُ لا يقع؛ وهذا لأن المشيئة في صفات المخلوقين ألزم في اللغة من الإرادة والهوى والمحبة، ألا ترى أن المشيئة لا تذكر مضافةً إلى غير العقلاء، وقد تذكر الإرادة قال الله تعالى: ﴿فَوَجَدَا فِيهَا جِدَارًا يُرِيدُ أَن يَنقَضَّ فَأَقَامَهُۥ﴾ [الكهف: ٧٧]، وليس إلى الجدار من الإرادة شيءٌ.

قوله: لِأَنَّ التَّعْلِيقَ بِشَرْطٍ كَائِنٍ تَنْجِيزٌ، أي: بشرط ثابت موجود كما إذا قال: امرأتِي طالق إن كان زيد في الدار، والحال أنه في الدار يقع الطلاق.

فإن قيل: لو كان التعليقُ بشرط كائنٍ تنجيزًا، لكان تنجيزًا فيما إذا قال الرجل:

---

(١) في هامش نسخة فيض الله أفندي - الأولى (ف١): لو قال: وكذا ما يريده، لكان أحسن؛ لأن الطلب يكون بالأمر ومخالفة الأمر ممكن، بخلاف الإرادة عند أهل السنة. انتهى

(وَلَوْ قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ إِذَا شِئْتِ أَوْ إِذَا مَا شِئْتِ أَوْ مَتَى شِئْتِ أَوْ مَتَى مَا شِئْتِ فَرَدَّتِ الأَمْرَ لَمْ يَكُنْ رَدًّا وَلا يَقْتَصِرُ عَلَى المَجْلِسِ) أَمَّا كَلِمَةُ مَتَى وَمَتَى مَا فَلِأَنَّهُمَا لِلْوَقْتِ وَهِيَ عَامَّةٌ فِي الأَوْقَاتِ كُلِّهَا، كَأَنَّهُ قَالَ فِي أَيِّ وَقْتٍ شِئْتِ فَلا يَقْتَصِرُ عَلَى المَجْلِسِ بِالإِجْمَاعِ، وَلَوْ رَدَّتِ الأَمْرَ لَمْ يَكُنْ رَدًّا لِأَنَّهُ مَلَّكَهَا الطَّلَاقَ فِي الوَقْتِ الَّذِي شَاءَتْ فَلَمْ يَكُنْ تَمْلِيكًا قَبْلَ المَشِيئَةِ حَتَّى يَرْتَدَّ بِالرَّدِّ، وَلا تُطَلِّقُ نَفْسَهَا إِلَّا وَاحِدَةً لِأَنَّهَا تَعُمُّ الأَزْمَانَ دُونَ الأَفْعَالِ فَتَمْلِكُ التَّطْلِيقَ فِي كُلِّ زَمَانٍ وَلا تَمْلِكُ تَطْلِيقًا بَعْدَ تَطْلِيقٍ، وَأَمَّا كَلِمَةُ إِذَا وَإِذَا مَا فَهُمَا وَمَتَى سَوَاءٌ عِنْدَهُمَا، وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحْمَةُ اللهِ تَعَالَى عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ يُسْتَعْمَلُ لِلشَّرْطِ كَمَا يُسْتَعْمَلُ لِلْوَقْتِ لَكِنَّ الأَمْرَ صَارَ بِيَدِهَا فَلَا يَخْرُجُ بِالشَّكِّ وَقَدْ مَرَّ مِنْ قَبْلُ.

هو يهودي إن كنتُ فعلتُ كذا أمس، وهو يعلم أنه كان قد فعله، ولو كان تنجيزًا لوجبَ تكفيره ولم يجب.

قلنا: قال شيخ الإسلام خواهرزاده رحمه الله: اختلف المشايخ في هذه المسألة فنمنع، ولئن سلمنا فنقول: هذه الألفاظ صارت كناية عن اليمين بالله تعالى إذا حصل التعليق بها بفعل في المستقبل، فكذا إذا حصل التعليق بفعل في الماضي تحامياً عن تكفير المسلم.

قوله: وَلا تُطَلِّقُ نَفْسَهَا إِلَّا وَاحِدَةً؛ لِأَنَّهَا تَعُمُّ الأَزْمَانَ دُونَ الأَفْعَالِ، بخلاف كلمة (كلما) فإن فيها تستوفى الطَّلاقات الثلاث مرة بعد أخرى؛ فإنها تعمُّ الأفعال بالتكرار على ما يجيء.

قوله: لَكِنَّ الأَمْرَ صَارَ بِيَدِهَا فَلَا يَخْرُجُ بِالشَّكِّ، يعني: لو نظرنا إلى كونه للشرط يخرج الأمر من يدها بالقيام عن المجلس، ولو نظرنا إلى كونه للوقت لا يخرج، والأمر كان في يدها فلا يخرج بالشك.

فإن قيل: وجب أن يحمل على الشرط في هذه الصورة تصحيحاً للرد.

(وَلَوْ قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ كُلَّمَا شِئْتِ فَلَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا وَاحِدَةً بَعْدَ وَاحِدَةٍ حَتَّى تُطَلِّقَ نَفْسَهَا ثَلَاثًا) لِأَنَّ كَلِمَةَ كُلَّمَا تُوجِبُ تَكْرَارَ الأَفْعَالِ إِلَّا أَنَّ التَّعْلِيقَ يَنْصَرِفُ إِلَى المِلْكِ القَائِمِ (حَتَّى لَوْ عَادَتْ إِلَيْهِ بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ فَطَلَّقَتْ نَفْسَهَا لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ) لِأَنَّهُ مِلْكٌ مُسْتَحْدَثٌ (وَلَيْسَ لَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا ثَلَاثًا بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ) لِأَنَّهَا تُوجِبُ عُمُومَ الِانْفِرَادِ لا عُمُومَ الِاجْتِمَاعِ فَلَا تَمْلِكُ الإِيقَاعَ جُمْلَةً وَجَمْعًا (وَلَوْ قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ حَيْثُ شِئْتِ أَوْ أَيْنَ شِئْتِ لَمْ تَطْلُقْ حَتَّى تَشَاءَ، وَإِنْ قَامَتْ مِنْ مَجْلِسِهَا فَلَا مَشِيئَةَ لَهَا) لِأَنَّ كَلِمَةَ حَيْثُ وَأَيْنَ مِنْ أَسْمَاءِ المَكَانِ وَالطَّلَاقُ لا تَعَلُّقَ لَهُ بِالمَكَانِ

قلنا: إنما يُحمل على الشرط إذا كان الرد صادرًا ممَّن كان التعليق صادرًا منه؛ وهذا لأن إرادة الشرط تختص بمن كان التعليق مختصًّا به دون من كان الرد مختصًّا به، فلذلك لم يحمل على الشرط تصحيحاً للرد، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: حَتَّى لَوْ عَادَتْ إِلَيْهِ بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ فَطَلَّقَتْ نَفْسَهَا لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ؛ لِأَنَّهُ مِلْكٌ مُسْتَحْدَثٌ، أمَّا لو شاءت مرَّة فطلقت وانقضت عدتها ثم تزوجت بآخر ودخل بها، ثمَّ عادت إليه عادت بثلاث مشيئات، وعند محمد رحمه الله بمشيئتين، فلو لم تشاء شيئاً وردت المشيئةَ بطل ردُّها، ولها أن تشاء لتجدد المشيئة بكلما، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قوله: وَلَيْسَ لَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا ثَلَاثًا بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ؛ لِأَنَّهَا تُوجِبُ عُمُومَ الِانْفِرَادِ، دون الاجتماع، ثمَّ لو شاءت الثلاث جملةً فعند أبي حنيفة لا يقع شيء، وعندهما تقع واحدة.

قوله: وَالطَّلَاقُ لا تَعَلُّقَ لَهُ بِالمَكَانِ فَيَلْغُو، فإن قيل: إذا لغا ذكر المكان بقي قوله: أنت طالق شئتِ، فينبغي أن يقع ولا يبطل بالقيام عن المجلس، يدلُّ عليه ما لو قال لها: أنتِ طالق دخلت الدار يقع الساعة، والمسألة في «التجريد».

قلنا: حيث وأين يفيدان ضرباً من التأخير، وحرف الشرط يفيد ضرباً من التاريخ أيضاً، فيشتركان في تحقيق معنى التأخير، فيجعلان مجازًا عن حرف الشرط، فلهذا لا يقع.

فَيَلْغُو وَيَبْقَى ذِكْرُ مُطْلَقِ المَشِيئَةِ فَيَقْتَصِرُ عَلَى المَجْلِسِ، بِخِلَافِ الزَّمَانِ لِأَنَّ لَهُ تَعَلُّقًا بِهِ حَتَّى يَقَعَ فِي زَمَانٍ دُونَ زَمَانٍ فَوَجَبَ اعْتِبَارُهُ عُمُومًا وَخُصُوصًا.

(وَإِنْ قَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ كَيْفَ شِئْتِ طَلُقَتْ تَطْلِيقَةً يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ) وَمَعْنَاهُ قَبْلَ المَشِيئَةِ، فَإِنْ قَالَتْ: قَدْ شِئْتُ وَاحِدَةً بَائِنَةً أَوْ ثَلَاثًا وَقَالَ الزَّوْجُ ذَلِكَ نَوَيْتُ فَهُوَ كَمَا قَالَ، لِأَنَّ عِنْدَ ذَلِكَ تَثْبُتُ المُطَابَقَةُ بَيْنَ مَشِيئَتِهَا وَإِرَادَتِهِ، أَمَّا إِذَا أَرَادَتْ ثَلَاثًا وَالزَّوْجُ وَاحِدَةً بَائِنَةً أَوْ عَلَى القَلْبِ تَقَعُ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ؛ لِأَنَّهُ لَغَا تَصَرُّفَهَا لِعَدَمِ المُوَافَقَةِ

فإن قيل: إذا جعلا مجازًا عن حرف الشرط لماذا يبطل بالقيام عن المجلس؟ وإنَّما يبطل بالقيام عن المجلس إذا جعلا مجازًا عن حرف إن، وأمَّا إذا جعلا مجازًا عن كلمة إذا أو متى فلا يبطل بالقيام، فلم كان جعلها مجازًا عن إن أولى من جعلها مجازًا عن إذا ومتى؟

قلنا: جعلها مجازًا عن إن أولى؛ لما أنَّها لمحض الشرطية فكانت هي أصلًا في الباب، فكان جعلها مجازًا عما هو أصله في ذلك المعنى الذي هو مجوز للمجاز أولى، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: لِأَنَّ لَهُ تَعَلُّقًا بِهِ، أي: بالزمان؛ لأن الطلاق لو وقع يَقَعَ فِي زَمَانٍ دُونَ زَمَانٍ، وأمَّا إذا وقع في مكان كان واقعًا في جميع الأمكنة، فلا يكون له تعلق بالمكان؛ لأنه لا فائدة في تعلقه بالمكان لعدم اختصاصه بالمكان، والتعليق بالشيء لبيان الاختصاص به، كما في الأفعال وكما في الأزمنة.

قوله: فَوَجَبَ اعْتِبَارُهُ خُصُوصًا، كما في قوله: أنت طالق غدًا، أَوْ عُمُومًا، كما في قال: أنت طالق في أيِّ وقت شئت.

قوله: أَمَّا إِذَا أَرَادَتْ ثَلَاثًا وَالزَّوْجُ وَاحِدَةً بَائِنَةً أَوْ عَلَى القَلْبِ تَقَعُ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ، وحاصل ذلك أن عند اتفاق إرادتهما يكون ذلك، وعند اختلافهما يثبت ما اقتضاه قوله: أنت طالق، ومقتضى قوله: أنت طالق الواحدة الرجعيَّة سواء نوى به الزوجُ الثلاث أو البائن

فَبَقِيَ إِيقَاعُ الزَّوْجِ وَإِنْ لَمْ تَحْضُرْهُ النِّيَّةُ تُعْتَبَرُ مَشِيئَتُهَا فِيمَا قَالُوا جَرْيًا عَلَى مُوجِبِ التَّخْيِيرِ، قَالَ - رَضِيَ اللهُ تَعَالَى عَنْهُ -: وَقَالَ فِي الأَصْلِ هَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَعِنْدَهُمَا لا يَقَعُ مَا لَمْ تُوقِعِ المَرْأَةُ فَتَشَاءُ رَجْعِيَّةً أَوْ بَائِنَةً أَوْ ثَلاثًا) وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ العَتَاقُ لَهُمَا أَنَّهُ فَوَّضَ التَّطْلِيقَ إِلَيْهَا عَلَى أَيِّ صِفَةٍ شَاءَتْ

أو غيرهما، فكذا هنا، وشرح ذلك في «المبسوط» وقال:

وإن قال: أنت طالق كيف شئت، فهي طالق تطليقة في قول أبي حنيفة رحمه الله، ولا مشيئة لها إن لم يكن دخل بها، وإن كان قد دخل بها وقعت تطليقة رجعيَّة، والمشيئة إليها في المجلس بعد ذلك، فإن شاءت البائنة وقد نوى الزوج ذلك كان بائنـًا، وإن شاءت ثلاثـًا وقد نوى الزوج ذلك كان طالقـًا ثلاثـًا، وإن شاءت واحدةً بائنة وقد نوى الزوج ثلاثـًا فهي واحدة رجعية، وإن شاءت ثلاثـًا وقد نوى الزوج واحدة بائنة فهي واحدة رجعية، وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يقع شيء ما لم تشأ، فالتفريع كما قال أبو حنيفة رحمه الله.

وعلى هذا لو قال لعبده: أنت حر كيف شئت، عتق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ولا مشيئة له، ولا يعتق عندهما ما لم يشأ، وحاصل الاختلاف راجع إلى أن أصل الطلاق هل يتعلق بمشيئتها أم لا؟ عنده لا يتعلق، وعندهما يتعلق بها أصل الطلاق بأوصافه، وثمرة الاختلاف تظهر فيما إذا قامت عن مجلسها قبل المشيئة، عند أبي حنيفة رضي الله عنه تقع واحدة رجعية، وعندهما لا يقع شيء.

قوله: قَالَ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ - صاحب «الهداية» رضي الله عنه -: **وَقَالَ فِي الأَصْلِ هَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَعِنْدَهُمَا لا يَقَعُ**، وإنَّما قال هذا؛ لأن ما أورده في هذا الفصل هو مسائل «الجامع الصغير»، وليس في أصل رواية «الجامع الصغير» ذكر قولهما.

وإنما ذكر الرواية على قول أبي حنيفة رحمه الله لا غير، كذا في «كشف الغوامض»، فذكره ليبيّن أن ما ذكره في «الجامع الصغير» قول أبي حنيفة لا قولهما، بدليل ما ذكر في الأصل، هما يقولان: أن الزوج تكلم بالطلاق وجعله مفوضـًا إلى مشيئتها، فلا يقع بدون

فَلَا بُدَّ مِنْ تَعْلِيقِ أَصْلِ الطَّلَاقِ بِمَشِيئَتِهَا لِتَكُونَ لَهَا المَشِيئَةُ فِي جَمِيعِ الأَحْوَالِ، أَعْنِي قَبْلَ الدُّخُولِ وَبَعْدَهُ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ كَلِمَةَ كَيْفَ لِلِاسْتِيصَافِ، يُقَالُ كَيْفَ أَصْبَحْتَ، وَالتَّفْوِيضُ فِي وَصْفِهِ يَسْتَدْعِي وُجُودَ أَصْلِهِ وَوُجُودَ الطَّلَاقِ بِوُقُوعِهِ.

مشيئتها كقوله: أنت طالق إن شئت، أو أنت طالق كم شئت، أو أنت طالق حيث شئت، أو أين شئت، لا يقع ما لم تشأ.

ولأبي حنيفة رحمه الله أن المشيئة إنما دخلت على حال الطلاق فبقي أصله بلا مشيئة فوقع؛ وإنما قلنا ذلك لأن (كيف) وضعت للسؤال عن الحال في اللغة، والحال نوعان: صفة وعدد، فتعلق ذلك بالمشيئة والبيان فيه إلى الزوج، فإن نوى الإبانة وقد أبانت صحَّ، وإن نوى العدد وقد وافقته صح أيضاً.

وأمَّا إذا نوى الزوج الواحدة البائنة فشاءت الثلاثة فقد شاءت غير ما نوى، وكذلك إن نوى الزوج الثلاث فشاءت الواحدة البائنة فقد شاءت غير ما نوى، فلهذا كان الواقع عليها تطليقة رجعيَّة، يوضحه أن الاستخبار عن وصف الشيء وحاله لمَّا كان من ضرورته وجود أصله تقدم وقوع أصل الطلاق في ضمن تفويضه المشيئة في الصفة إليها، فإن الاستخبار عن وصف الشيء وحاله قبل وجود أصله محال، كما في قول القائل:

يقول خليلي، البيت[1]

بخلاف قوله: كم شئت؛ لأن الكمية استخبار عن العدد، فيقتضي تفويض العدد إلى مشيئتها، وأصل العدد في المعدودات الواحدُ، وبخلاف قوله: حيث شئت وأين شئت؛ لأنه عبارة عن المكان، والطلاق إذا وقع في مكان يكون واقعاً في الأمكنة كلها، فكان ذلك تعليق أصل الطلاق بمشيئتها، وهذه الألفاظ كلها تقتصر على المجلس؛ لأنها لا تنبئ عن الوقت فيتوقت بالمجلس، كقوله: إن شئت، كذا في «المبسوط» وغيره.

قوله: وَالتَّفْوِيضُ فِي وَصْفِهِ يَسْتَدْعِي وُجُودَ أَصْلِهِ، فإن قيل: لمَّا كان هذا تفويضاً

(١) تمامه: يَقُولُ خليلي كَيفَ صبرك بعدنَا؟ * فَقلتُ وَهل صبرٌ فَيسْأَل عَن كَيف؟.

(وَإِنْ قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ كَمْ شِئْتِ أَوْ مَا شِئْتِ طَلَّقَتْ نَفْسَهَا مَا شَاءَتْ)؛

لوصف الطلاق إلى مشيئتها يجب أن يكون لها استقلال بإثباته من غير استطلاع رأي الزوج اعتبارًا بعامة التفويضات.

قلنا: ذكر الطحاوي رحمه الله في «مختصره»: أن لها أن تجعل الطلاق بائنًا وثلاثًا في قول أبي حنيفة رحمه الله، فقد جعل الطحاوي رحمه الله المشيئة إليها في إثبات وصف الثلاث والبينونة، حتى قال بعض مشايخنا: أنه إذا لم ينو الزوج شيئًا وشاءت المرأة ثلاثًا أو واحدة بائنة تقع ما أوقعت، بالاتفاق على أصلين مختلفين، أمَّا على أصل أبي حنيفة رحمه الله فلأن الزوج أقام امرأته مقام نفسه في إثبات الوصف، والزوج متى أوقع طلاقًا رجعيًّا يملك أن يجعله بائنًا وثلاثًا في قول أبي حنيفة رحمه الله فكذلك المرأة.

وأمَّا على قولهما فكذلك يملك إيقاع البائن وإيقاع الثلاث؛ لأنه فوض الطلاق إليها على أي وصف شاءت، وهذا معنى قوله في الكتاب: وَإِنْ لَمْ تَحْضُرْهُ النِّيَّةُ تُعْتَبَرُ مَشِيئَتُهَا فِيمَا قَالُوا جَرْيًا عَلَى مُوجِبِ التَّخْيِيرِ.

وما ذكر في الكتاب قول الجصاص، وقد راجعتُ الفحولَ في جواب هذا الإشكال، فلم يقرع سمعي بجوابه، فيجبُ التعويل على ما ذكره الطحاوي، كذا في «الفوائد الظهيرية».

قوله: وَإِنْ قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ كَمْ شِئْتِ أَوْ مَا شِئْتِ طَلَّقَتْ نَفْسَهَا مَا شَاءَتْ، وذكر في أصل رواية «الجامع الصغير»: قال: إن شاءت طلقت نفسها واحدة أو ثنتين أو ثلاثًا، فلم يقم عن مجسلها.

فإن قيل: فكيف يباح لها أن تطلق نفسها ثلاثًا، والزوج لا يسعه أن يطلقها ثلاثًا.

قلنا: قد روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمهما الله أن ذلك مباح لها في التخيير، واحتمل أن يكون المراد بقوله: إن شاءت طلقت نفسها ثلاثًا مشيئة القدرة لا مشيئة الإباحة، يريد بذلك أنها تقدر عليه، كقوله تعالى: ﴿فَمَن شَآءَ فَلْيُؤْمِن وَمَن شَآءَ فَلْيَكْفُرْ﴾ [الكهف: ٢٩].

وقال عُلماؤنا في كتاب العتاق في عبد بين اثنين دبَّر أحدهما نصيبه أن الآخرَ بالخيار،

لِأَنَّهُمَا يُسْتَعْمَلَانِ لِلْعَدَدِ فَقَدْ فَوَّضَ إِلَيْهَا أَيَّ عَدَدٍ شَاءَتْ (فَإِنْ قَامَتْ مِنَ الْمَجْلِسِ بَطَلَ، وَإِنْ رَدَّتِ الْأَمْرَ كَانَ رَدًّا) لِأَنَّ هَذَا أَمْرٌ وَاحِدٌ وَهُوَ خِطَابٌ فِي الْحَالِ فَيَقْتَضِي الْجَوَابَ فِي الْحَالِ.

إن شاء دبَّره، وإن شاء استسعى، وإن شاء تركه على حاله، وإن شاء أعتق نصيبه، وقد علمنا أنه لا يباح له عتق نصيبه، وإنما عَنِيَ به مشيئة القدرة؛ لأنه لو أعتق نصيبه ضمن للآخر قيمة نصيبه مدبرًا، كذا في «كشف الغوامض».

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة» في المسألة التي تليها أن المرأة إذا طلقت نفسها ثلاثًا على قولهما، أو ثنتين على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يكره؛ لأنها مضطرة إلى ذلك؛ لأنها لو فرقت خرج الأمر من يدها، بخلاف ما لو أوقع الزوج ذلك.

قوله: لِأَنَّهُمَا يُسْتَعْمَلَانِ لِلْعَدَدِ، يقال: كم مالك؟ وخذ من دراهمي ما شئتَ، أي: أيَّ العدد الذي شئتَ.

قوله: فَقَدْ فَوَّضَ إِلَيْهَا أَيَّ عَدَدٍ شَاءَتْ، فإن قلتَ: هذا مسلم في كم، وأمَّا كلمة (ما) فهي كما تستعمل للعدد فكذلك تستعمل للوقت، لما مرَّ في قوله: ما لم أطلقك، قال الله تعالى: ﴿مَا دُمْتُ حَيًّا ﴿٣١﴾﴾ [مريم: ٣١]، فقد وقع الشك في تفويض العدد إليها، فلا يثبت العدد بالشك.

قلتُ: هذا معارض بمثله، فإنا لو عملنا فيه بمعنى الوقت لا يبطل بالقيام عن المجلس، ولو عملنا بمعنى العدد يبطل، فوقع الشك في ثبوته فيما وراء المجلس فلا يثبت بالشك، ثم رجَّحنا جانب العدد بأصل آخر، وهو أن هذا تفويضٌ بمعنى التمليك؛ لأنه تفويض إلى المرأة أمرَ نفسها، والتمليكات مقتصرة على المجلس، وذلك إنما يكون أن لو كانت هيَ معمولةً بمعنى العدد لا بمعنى الوقت.

قوله: لِأَنَّ هَذَا أَمْرٌ وَاحِدٌ، هذا احتراز عن (كلما).

قوله: وَهُوَ خِطَابٌ فِي الْحَالِ، احتراز عن (إذا) و(متى).

(وَإِنْ قَالَ لَهَا: طَلِّقِي نَفْسَكِ مِنْ ثَلَاثٍ مَا شِئْتِ فَلَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا وَاحِدَةً أَوْ ثِنْتَيْنِ وَلَا تُطَلِّقَ ثَلَاثًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَالَا: تُطَلِّقُ ثَلَاثًا إِنْ شَاءَتْ) لِأَنَّ كَلِمَةَ مَا مُحْكَمَةٌ فِي التَّعْمِيمِ وَكَلِمَةَ مَنْ قَدْ تُسْتَعْمَلُ لِلتَّمْيِيزِ فَحُمِلَ عَلَى تَمْيِيزِ الْجِنْسِ، كَمَا إِذَا قَالَ: كُلْ مِنْ طَعَامِي مَا شِئْتَ أَوْ طَلِّقْ مِنْ نِسَائِي مَنْ شَاءَتْ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ كَلِمَةَ «مِنْ» حَقِيقَةٌ لِلتَّبْعِيضِ وَ «مَا» لِلتَّعْمِيمِ فَعُمِلَ بِهِمَا، وَفِيمَا اسْتَشْهَدَا بِهِ تَرْكُ التَّبْعِيضِ بِدَلَالَةِ إِظْهَارِ السَّمَاحَةِ أَوْ لِعُمُومِ الصِّفَةِ وَهِيَ الْمَشِيئَةُ، حَتَّى لَوْ قَالَ: مَنْ شِئْتَ كَانَ عَلَى هَذَا الخِلَافِ، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قوله: فَعُمِلَ بِهِمَا، أي: بالتبعيض والعموم، فإن الثنتين عام بالنسبة إلى الواحدة وبعضٌ بالنسبة إلى الثلاث.

قوله: أَوْ لِعُمُومِ الصِّفَةِ، أي: في **قوله:** مِنْ نِسَائِي مَنْ شَاءَتْ؛ لأنه وصفها بالمشيئة وهي عامة، كما في قوله: لا أكلم إلا رجلًا كوفيًّا لا يحنث بالتكلم بجميع رجال الكوفة لهذا، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

بَابُ الأَيْمَانِ فِي الطَّلَاقِ

باب الأيمان في الطلاق

لمَّا فرغ من بيان تنجيز الطلاق وهو الأصل صريحاً وكنايةً، شرع في بيان تعليقه وهو الفرع؛ إمَّا لأنه مركَّب بذكر الطلاق وحرف الشرط والمركب فرع على المفرد؛ أو لأنه ليس بعلة في الحال لعروض حرف الشرط، والأصل عدم العروض.

ثم اعلم أن اسم اليمين كما يقع على الحلف بالله تعالى، فكذلك يقع على ذكر شرط وجزاء، فالمعنِيُّ من الشرط هو ما ذكر فيه حرف (إن) وغيرها على ما يجيء، والمعنِيُّ من الجزاء ما هو الحكم المعلق به من طلاق أو عتاق.

وإنما سُمّي هذا باليمين؛ لما أن اليمين لغةً عبارة عن القوة، قال الشاعر:

إن المقادير بالأوقات نازلة * ولا يمين على دفع المقادير

أي: لا قوة، وسُمّيت اليد اليمنى يميناً لاختصاصها بزيادة قوة، ثم إن الله تعالى خلق الإنسان على طبائع مختلفة، وسجايا مفتنة، مضطرب الحال، منقلب البال، فرُبَّما لا يثبت على ما يقصده من أفاضل الأمور، ولا يمتنع عمَّا يهواه نفسه من مواضع الشرور، فيتقوي تارة على حمل نفسه على تلك الأفاضل، أو على منعها من تلك الأباطل، بذكر اسم الله تعالى الذي يلزم منه المكروه على تقدير هتك حرمته وزوال سداده، أو بذكر الشرط الذي يلزم منه على تقدير حنثه زوال سكنه، وفراق وداده، فلما سُمّي ذكر اسم الله تعالى إذا ذكر على وجه الحمل أو المنع يميناً، سُمّي به أيضاً ذكر شرط وجزاء، لوجود معنى الحمل أو المنع فيه على ما ذكرنا.

(وَإِذَا أَضَافَ الطَّلَاقَ إِلَى النِّكَاحِ وَقَعَ عَقِيبَ النِّكَاحِ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ لِامْرَأَةٍ إِنْ تَزَوَّجْتُكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ أَوْ كُلُّ امْرَأَةٍ أَتزَوَّجُهَا فَهِيَ طَالِقٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ

قوله: وَإِذَا أَضَافَ الطَّلَاقَ إِلَى النِّكَاحِ، إلى آخره، وحاصل هذا أن ما يحتمل التعليق بالشرط كالطلاق، والعتاق، والظهار، يجوز إضافته إلى الملك عمَّ أو خصَّ، وهو قول عُمر رضي الله عنه رُوي عنه ذلك في الظهار، وعند الشافعي رحمه الله لا يصح، وهو قول ابن عباس رضي الله عنه، فإنه سُئل عمن يقول لامرأة: إن تزوجتك فأنت طالق، فتلا قوله تعالى: ﴿إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ﴾ [الأحزاب: ٤٩] الآية، قد شرع الله الطلاق بعد النكاح فلا طلاق قبله، وعلى قول ابن أبي ليلى رحمه الله إن خص امرأة أو قبيلة انعقدت اليمين، وإن عم فقال: كل امرأة لا ينعقد، وهو قول ابن مسعود رضي الله عنه لما فيه من سدٍّ باب نعمة النكاح على نفسه.

واستدل الشافعي رحمه الله بقوله صلَّى الله عليه وسلم: «لا طَلَاقَ قَبْلَ النِّكَاحِ»، ورُوي عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه أنه خطب امرأةً فأبى أولياؤها أن يزوجوها منه، فقال: إن نكحتها فهي طالق ثلاثـًا، فسُئل عن ذلك رسول الله صلَّى الله عليه وسلم فقال: «لا طَلَاقَ قَبْلَ النِّكَاحِ»، والمعنى فيه أنه غير مالك لتنجيز الطلاق، فلا يملك تعليقها بالشرط، كما لو قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثـًا ثم تزوجها فدخلت لم تطلق؛ وهذا لأن تأثير الشرط في تأخير الوقوع إلى وجوده، ومنع ما لولاه لكان طلاقـًا، وهذا الكلام لولا الشرط لكان لغوًا لا طلاقـًا؛ ولأن الطلاق يستدعي أهليةً في الموقع وملكـًا في المحل، ثم قبل الأهلية لا يصح التعليق مضافـًا إلى حالة الأهلية، كالصبي إذا قال لامرأته: إذا بلغت فأنت طالق، فكذلك قبل ملك المحل لا يصح مضافـًا، وبهذا تبيَّن أنه تصرف مختص بالملك فإيجابه قبل الملك يكون لغوًا، كما لو باع الطير في الهواء ثم أخذه قبل قبول المشتري.

وحجَّتنا في ذلك أن التعليق بالشرط يمين، فلا يتوقف صحته على ملك المحل كاليمين بالله؛ وهذا لأن اليمين تصرف من الحالف في ذمة نفسه؛ لأنه يوجب البر على نفسه والمحلوف به ليس بطلاقٍ؛ لأنه لا يكون طلاقـًا إلا بالوصول إلى المرأة، وما دام يمينـًا

تَعَالَى -: لا يَقَعُ لِقَوْلِهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «لا طَلَاقَ قَبْلَ النِّكَاحِ».

لا يكون واصلاً إليها، وإنما الوصول بعد ارتفاع اليمين بوجود الشرط، فعرفنا أن المحلوف به ليس بطلاق وقيامُ الملك في المحل لأجل الطلاق، ولكن المحلوف به ما سيصير طلاقـًا عند وجود الشرط بوصوله إليها.

ونظيره من الحسيَّات الرمي، فإنَّ عينه ليس بقتل والترس لا يكون مانعـًا ما هو قتلٌ ولا مؤخرًا له، بل يكون مانعـًا ما سيصير قتلًا إذا وصل إلى المحل، ولمَّا كان التعليق مانعـًا من الوصول إلى المحل والتصرف لا يكون إلا بركنه ومحله، فكما أن بدون ركنه لا يكون طلاقـًا فكذلك بدون محله لا يكون طلاقـًا، وبه فارق ما لو قال لأجنبية: إن دخلت الدار فأنت طالق، فإن المحلوف به هناك غير موجود، وما هو يصير طلاقـًا عند وجود الشرط؛ لأن دخول الدار ليس بسبب لملك الطلاق، ولا هو مالك لطلاقها في الحال حتى يستدل به على بقاء الملك عند وجود الشرط، فأمَّا هاهُنا فيتيقن بوجود المحلوف به؛ لأن التزوج سبب لملك الطلاق، ولو كان المحلوف به موجودًا بطريق الظاهر بأن قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق، انعقدت اليمين، وإن كان من الجائز أن يكون دخولها بعد زوال الملك، فإذا كان المحلوف به متيقن الوجود عند وجود الشرط أولى أن تنعقد اليمين، وبأن كان لا يملك التنجيز لا يدل على أنه لا يملك التعليق، كمن يقول لجاريته: إذا ولدتِ ولدًا فهو حر صحَّ، وإن كان لا يملك تنجيز العتق في الولد المعدوم، وإذا قال لامرأته الحائض: إذا طهرت فأنت طالق، كان هذا طلاق السنة، وإن كان لا يملك تنجيزه في الحال.

وهذا بخلاف الأهلية في التصرف؛ لأنه لا بدَّ منه في تصرف اليمين كما لا بدَّ منه في تصرف الطلاق، فأمَّا الملك في المحل فمعتبر للطلاق دون اليمين، وهذا بخلاف البيع؛ فإن الإيجاب أحد شطري البيع، وتصرف البيع قبل الملك لغو، فأما الإيجاب هاهُنا فتصرف آخر سوى الطلاق وهو اليمين.

وتأويل الحديث ما رُوي عن مكحول، والزهري، وسالم، والشعبي رحمهم الله أنهم قالوا: كانوا في الجاهلية يطلقون قبل التزوج تنجيزًا ويعدون ذلك طلاقـًا، فنفى رسول الله صلَّى الله عليه وسلم ذلك بقوله: «لا طَلَاقَ قَبْلَ النِّكَاحِ»، وحديث عبد الله بن عمرو غير

وَلَنَا أَنَّ هَذَا تَصَرُّفُ يَمِينٍ لِوُجُودِ الشَّرْطِ وَالجَزَاءِ فَلَا يُشْتَرَطُ لِصِحَّتِهِ قِيَامُ المِلْكِ فِي الحَالِ لِأَنَّ الوُقُوعَ عِنْدَ الشَّرْطِ وَالمِلْكُ مُتَيَقَّنٌ بِهِ عِنْدَهُ وَقَبْلَ ذَلِكَ أَثَرُهُ المَنْعُ وَهُوَ قَائِمٌ بِالمُتَصَرِّفِ، وَالحَدِيثُ مَحْمُولٌ عَلَى نَفْيِ التَّنْجِيزِ، وَالحَمْلُ مَأْثُورٌ عَنِ السَّلَفِ كَالشَّعْبِيِّ وَالزُّهْرِيِّ وَغَيْرِهِمَا.

مشهور، ولو ثبت فمعنى قوله: إن نكحتَها، أي: وطئتها؛ لأن النكاح حقيقة للوطء، وبهذا لا يحصل إضافة الطلاق إلى الملك عندنا، كذا في «المبسوط».

قوله: فَلَا يُشْتَرَطُ لِصِحَّتِهِ قِيَامُ المِلْكِ، أي: فلا يشترط لصحة اليمين قيام الملك كما في اليمين بالله، وكذلك في اليمين بذكر شرط وجزاء بأن قال: إن أكلت هذا الطعام فامرأته طالق، والطعام ليس في ملكه فأكل حنث، فعُلم أن قيام الملك في الحال ليس بشرط.

قوله: كَالشَّعْبِيِّ وَالزُّهْرِيِّ وَغَيْرِهِمَا، وهو مكحول وسالم بن عبد الله رحمهم الله.

ثم اعلم أن هذا التعليق الذي ذكرنا فيما إذا كان التعليق بصريح الشرط، وهو حرف الشرط يعمل في المعينة وغير المعينة، وأمَّا إذا كان معلقاً بمعنى الشرط فهو إنما يعمل في غير المعينة بأن قال: المرأة التي أتزوج طالق، فتزوج امرأة تطلق ولا يعمل في المعينة، حتى لو قال: هذه المرأة التي أتزوجها فهي طالق، فتزوجها لا تطلق؛ لأنه عرفها بالإشارة فلا يراعى فيها الصفة وهي التزوج، فبقي قوله: هذه المرأة طالق، وأمَّا حرف (إن) فيجمع الوجهين، أي المعينة وغير المعينة، حتى لو قال: إن تزوجت هذه المرأة فهي طالق، فتزوجها تطلق، كما لو تزوجها في قوله: إن تزوجت امرأة، وهذا للفرق بين صريح الشرط ودلالته، كذا في «أصول الفقه» لفخر الإسلام، و«جامع الصغير» للإمام التمرتاشي رحمهما الله.

تزوجت امرأة على أنَّها طالق صح النكاح ولم تطلق؛ لأنه تعذر اعتبار الطلاق بدلًا أو شرطًا؛ لأنه يقارن النكاح فلا يعتبر أصلًا.

وكذا لو اشترى عبدًا على أنه حر صح الشراء ولم يعتق، ولو قال لآخر: إن زوجتني امرأةً فهي طالق، فزوجه بأمره أو بغير أمره لا تطلق؛ لأن التعليق لم يصح، ولو قال: (اگر

(وَإِذَا أَضَافَهُ إِلَى شَرْطٍ وَقَعَ عَقِيبَ الشَّرْطِ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ لِامْرَأَتِهِ: إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ) وَهَذَا بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّ المِلْكَ قَائِمٌ فِي الحَالِ، وَالظَّاهِرُ بَقَاؤُهُ إِلَى وَقْتِ وُجُودِ الشَّرْطِ فَيَصِحُّ يَمِينًا أَوْ إِيقَاعًا (وَلا تَصِحُّ إِضَافَةُ الطَّلَاقِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الحَالِفُ مَالِكًا أَوْ يُضِيفَهُ إِلَى مِلْكٍ) لِأَنَّ الجَزَاءَ لا بُدَّ أَنْ يَكُونَ ظَاهِرًا لِيَكُونَ مُخِيفًا،

دختر فلان مرا دهند ويرا طلاق)، فتزوجها لم تطلق؛ لأنه لم يذكر النكاح، ولو قال: (مرا بزنى دهند) وباقي المسألة بحالها تطلق، والمختار أنَّها لا تطلق؛ لأنه حنث بالتزوج قبل الدخول في نكاحه، فصار كما لو قال لامرأته: إن جلستُ في نكاحك فأنت طالق، فجلس ثم تزوجها لم تطلق؛ لأنه حنث قبل التزوج، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قوله: فَيَصِحُّ يَمِينًا، أي: عندنا؛ لأن التطليق معلق عندنا فيكون يميناً.

قوله: أَوْ إِيقَاعًا، أي: عند الشافعي رحمه الله، فإن عنده كونها طالقاً معلق، لا التطليق فكان في الحال إيقاعاً، ولكن لم يثبت حكمه في الحال.

قوله: لِأَنَّ الجَزَاءَ لا بُدَّ أَنْ يَكُونَ ظَاهِرًا، أي: غالب الوجود.

قوله: لِيَكُونَ مُخِيفًا، أي بوقوع الجزاء فيما إذا كان المقصود منه المنع، كما إذا قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق، فإنه على تقدير الإقدام يلزم وقوع الطلاق الذي يلزم منه قطع إدرار النفقات وكفاية مؤوناتها، فكان وقوع الطلاق مخيفاً لها، وذلك إنما يكون بالإقدام على وجود الشرط فلذلك تمتنع عن الإقدام، ثم علامة كون اليمين للمنع هي أن يدخل حرف الشرط على المثبت، كما في: إن دخلت الدار فأنت طالق، وأمَّا إذا كانت للحمل فحرف الشرط يدخل على المنفي، كما في قوله: إن لم تدخل الدار فأنت طالق.

فإن قلتَ: فقد صحَّ في اليمين التي هي للمنع ما لا يمكن الامتناع عنه، كما إذا قال لامرأته: إن حضت فأنت طالق، فلو كانت فائدة اليمين المنع فيما قلتَ من الصورة لما صحَّ هذه اليمين؛ لما أن المرأة غير قادرة على منع الحيضة، فلا تفيد اليمين فائدتها.

قلتُ: الاعتبار للغالب الشائع لا للنادر النافع؛ لأن الكلام في الكليات العامة فلا يرد

فَيَتَحَقَّقُ مَعْنَى الْيَمِينِ وَهُوَ الْقُوَّةُ وَالظُّهُورُ بِأَحَدِ هَذَيْنِ، وَالإِضَافَةُ إِلَى سَبَبِ الْمِلْكِ بِمَنْزِلَةِ الإِضَافَةِ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ ظَاهِرٌ عِنْدَ سَبَبِهِ (فَإِنْ قَالَ لِأَجْنَبِيَّةٍ: إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثُمَّ تَزَوَّجَهَا فَدَخَلَتِ الدَّارَ لَمْ تَطْلُقْ) لِأَنَّ الْحَالِفَ لَيْسَ بِمَالِكٍ وَلَا أَضَافَهُ

عليه الأفراد الخاصة.

قوله: فَيَتَحَقَّقُ مَعْنَى الْيَمِينِ وَهُوَ الْقُوَّةُ، أي: أن الحامل على الوفاء هو قوة خوف نزول الجزاء، والخوف إنما يحصل بكون الجزاء غالب النزول عند الشرط، وذلك بأحد هذين، فإذا انعدما انعدم الخوف فانعدم معنى اليمين؛ لأن معنى اليمين هو تأكيد العزم والوفاء وإنما يحصل ذلك بما قلنا.

قوله: وَالظُّهُورُ بِأَحَدِ هَذَيْنِ، وهما أن يكون مالكاً أو يضيف إلى الملك بأن قال: إن ملكتك فأنت حر.

قوله: ثُمَّ تَزَوَّجَهَا فَدَخَلَتِ الدَّارَ لَمْ تَطْلُقْ، وقال ابن أبي ليلى: تطلق؛ لأن المعتبر لوقوع الطلاق وقت وجود الشرط، فإن الطلاق حينئذٍ يصل إلى المحل، والملك موجود عند وجود الشرط فيقع الطلاق.

ولكنا نقول: هذا بعد انعقاد اليمين، ولا تنعقد اليمين بدون المحلوف به، فإذا لم يكن هو مالكاً للطلاق في الحال، ولا في الوقت المضاف إليه لم ينعقد اليمين، فبعد ذلك وإن صار مالكاً للطلاق لم ينعقد اليمين في الوقت المضاف إليه فلا يقع شيء؛ لأن اليمين ما كانت منعقدة، و كذلك لو قال لها: أنت طالق غدًا، ثم تزوجها اليومَ لا يقع عليها شيء إذا جاء غدٌ، كذا في «المبسوط».

قوله: لِأَنَّ الْحَالِفَ لَيْسَ بِمَالِكٍ، إلى آخره، ولا يقال: لم لا يدرج إن تزوجتك، بتقدير إن تزوجتك ودخلت الدار فأنت طالق، صيانة عن الإلغاء.

لأنا نقول: فعل اليمين مما يذم به، فلا يجوز تصحيح قوله على وجه يؤدي إلى مذمته؛ وذلك لأن الله تعالى ذمَّ من هو كثير الحلف فقال: ﴿وَلَا تُطِعْ كُلَّ حَلَّافٍ مَّهِينٍ ۝١٠﴾ [القلم:

إِلَى المِلْكِ أَوْ سَبَبِهِ وَلا بُدَّ مِنْ وَاحِدٍ مِنْهُمَا (وَأَلْفَاظُ الشَّرْطِ إِنْ، وَإِذَا، وَإِذَا مَا، وَكُلُّ، وَكُلَّمَا، وَمَتَى، وَمَتَى مَا) لِأَنَّ الشَّرْطَ مُشْتَقٌّ مِنَ العَلَامَةِ، وَهَذِهِ الأَلْفَاظُ مِمَّا تَلِيهَا أَفْعَالٌ فَتَكُونُ عَلَامَاتٍ عَلَى الحِنْثِ، ثُمَّ كَلِمَةُ «إِنْ» حَرْفٌ لِلشَّرْطِ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهَا مَعْنَى الوَقْتِ وَمَا وَرَاءَهَا مُلْحَقٌ بِهَا، وَكَلِمَةُ «كُلٍّ» لَيْسَتْ شَرْطًا حَقِيقَةً؛ لِأَنَّ

١٠]، وإذا كان مذموماً لا يكون السعي إلى تصحيحه واجباً.

قوله: وَأَلْفَاظُ الشَّرْطِ، ولم يقل حروف الشرط كما قال بعضهم؛ لما أن عامتها اسماء، كإذا ومتى.

فإن قلتَ: كيف لم يورد ما هو للشرط وضعاً وهو لَوْ، وأورد ما لم يوضع له كإذا، ومتى، وكل، وقد ذكر في «المفصل»: ومن أصناف الحرف حرفا الشرط وهما: إن ولَوْ، فعُلم به أن الموضوع للشرط ذانك الحرفان لا غير، وغيرهما دخيل عليهما، وبكلمة (لَوْ) يتعلق الطلاق أيضاً حتى لو قال لامرأته: أنت طالق لو دخلتِ الدار، يتعلق الطلاق، ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قلتُ: جاز أن يكون ترك ذكره باعتبار أن كلمة (لَوْ) تعمل عمل الشرط معنًى لا لفظاً، وهذه الألفاظ تعمل عمله لفظاً ومعنًى، فإنه في مواضع الجزم تجزم، وفي غير مواضع الجزم لزم دخول الفاء في جزائهن، بخلاف كلمة (لَوْ).

قوله: لِأَنَّ الشَّرْطَ مُشْتَقٌّ مِنَ العَلَامَةِ، ذكر في «الصحاح»: الشرط بالتحريك العلامة، وأشراط الساعة علاماتها، فعلى هذا معنى ما ذكر في الكتاب: الشرط مشتق، أي: مشتق من الشرط الذي هو بمعنى العلامة؛ لأن معنى الاشتقاق الذي هو عبارة عن أن ينتظم الصيغتين فصاعدًا معنى واحدًا، ولم يوجد فيما ذكر في الكتاب.

قوله: وَهَذِهِ الأَلْفَاظُ، أي: سوى كلمة كل تليها الأفعال، مثل قولك: إن دخلت، وإن خرجت.

ثمَّ اعلم أن الجزاء متى تقدم على الشرط يتعلق بدون حرف الفاء، وإن تأخر لا يتعلق بدونه إذا كان الجزاء اسماً كقوله تعالى: ﴿إِن تُعَذِّبْهُمْ فَإِنَّهُمْ عِبَادُكَ﴾ [المائدة: ١١٨]،

مَا يَلِيهَا اسْمٌ وَالشَّرْطُ مَا يَتَعَلَّقُ بِهِ الجَزَاءُ وَالأَجْزِيَةُ تَتَعَلَّقُ بِالأَفْعَالِ إِلَّا أَنَّهُ أُلحِقَ بِالشَّرْطِ لِتَعَلُّقِ الفِعْلِ بِالِاسْمِ الَّذِي يَلِيهَا مِثْلُ قَوْلِكَ: كُلُّ عَبْدٍ اشْتَرَيْتُهُ فَهُوَ حُرٌّ.

قَالَ - رَضِيَ اللهُ تَعَالَى عَنْهُ -: (فَفِي هَذِهِ الأَلْفَاظِ إِذَا وُجِدَ الشَّرْطُ انْحَلَّتْ وَانْتَهَتِ اليَمِينُ) لِأَنَّهَا غَيْرُ مُقْتَضِيَةٍ لِلْعُمُومِ وَالتَّكْرَارِ لُغَةً، فَبِوُجُودِ الفِعْلِ مَرَّةً يَتِمُّ الشَّرْطُ وَلَا بَقَاءَ لِلْيَمِينِ بِدُونِهِ (إِلَّا فِي كُلَّمَا فَإِنَّهَا تَقْتَضِي تَعْمِيمَ الأَفْعَالِ) قَالَ اللهُ تَعَالَى ﴿كُلَّمَا نَضِجَتْ جُلُودُهُمْ﴾ [النساء: ٥٦] الآيَةُ وَمِنْ ضَرُورَةِ التَّعْمِيمِ التَّكْرَارُ.

قَالَ: (فَإِنْ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ وَتَكَرَّرَ الشَّرْطُ لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ) لِأَنَّ بِاسْتِيفَاءِ الطَّلَقَاتِ الثَّلَاثِ المَمْلُوكَاتِ فِي هَذَا النِّكَاحِ لَمْ يَبْقَ الجَزَاءُ وَبَقَاءُ اليَمِينِ بِهِ وَبِالشَّرْطِ، وَفِيهِ خِلَافُ زُفَرَ - رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى - وَسَنُقَرِّرُهُ مِنْ بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى.

(وَلَوْ دَخَلَتْ عَلَى نَفْسِ التَّزَوُّجِ بِأَنْ قَالَ: كُلَّمَا تَزَوَّجْتُ امْرَأَةً فَهِيَ طَالِقٌ يَحْنَثُ بِكُلِّ مَرَّةٍ وَإِنْ كَانَ بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ) لِأَنَّ انْعِقَادَهَا بِاعْتِبَارِ مَا يَمْلِكُ عَلَيْهَا مِنَ الطَّلَاقِ بِالتَّزَوُّجِ وَذَلِكَ غَيْرُ مَحْصُورٍ.

وإن كان فعلًا يتعلق كقوله تعالى: ﴿إِن يَكُونُواْ فُقَرَآءَ يُغْنِهِمُ ٱللَّهُ﴾ [النور: ٣٢]، وإن قال: أنت طالق إن، فعند محمد رحمه الله يقع لعدم ذكر ما يتعلق به، وعند أبي يوسف رحمه الله لا؛ لأن ذكره بيان إرادة التعليق، وإن قال: أنت طالق وإن دخلت، تطلق في الحال لعدم حرف التعليق، ولو قال: فإن دخلت، لا رواية فيه فلقائل أن يقول تطلق؛ لأن الفاء صارت فاصلة، ولقائل أن يقول: يتعلق؛ لأن الفاء حرف تعليق، ولو قال: أنت طالق دخلت، تطلق للحال؛ لأنه لم يوجد التعليق وكذلك لو قال: لدخلت، وكذا أنت طالق لدخولك؛ لأنه جعل الدخول علة الإيقاع، وكذا لو قال: إن دخلت وأنت طالق، تطلقُ لعدم التعليق، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قَالَ: (وَزَوَالُ المِلْكِ بَعْدَ اليَمِينِ لا يُبْطِلُهَا) لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدِ الشَّرْطُ فَبَقِيَ وَالجَزَاءُ بَاقٍ لِبَقَاءِ مَحَلِّهِ فَبَقِيَ اليَمِينُ (ثُمَّ إِنْ وُجِدَ الشَّرْطُ فِي مِلْكِهِ انْحَلَّتِ اليَمِينُ وَوَقَعَ الطَّلَاقُ) لِأَنَّهُ وُجِدَ الشَّرْطُ وَالمَحَلُّ قَابِلٌ لِلْجَزَاءِ فَيَنْزِلُ الجَزَاءُ وَلا تَبْقَى اليَمِينُ لِمَا قُلْنَا (وَإِنْ وُجِدَ فِي غَيْرِ المِلْكِ انْحَلَّتِ اليَمِينُ) لِوُجُودِ الشَّرْطِ (وَلَمْ يَقَعْ شَيْءٌ) لِانْعِدَامِ المَحَلِّيَّةِ. (وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي وُجُودِ الشَّرْطِ فَالقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ إِلَّا أَنْ تُقِيمَ المَرْأَةُ البَيِّنَةَ) لِأَنَّهُ مُتَمَسِّكٌ بِالأَصْلِ وَهُوَ عَدَمُ الشَّرْطِ، وَلِأَنَّهُ يُنْكِرُ وُقُوعَ الطَّلَاقِ وَزَوَالَ المِلْكِ وَالمَرْأَةُ تَدَّعِيهِ (فَإِنْ كَانَ الشَّرْطُ لا يُعْلَمُ إِلَّا مِنْ جِهَتِهَا فَالقَوْلُ قَوْلُهَا فِي حَقِّ نَفْسِهَا مِثْلُ أَنْ يَقُولَ: إِنْ حِضْتِ فَأَنْتِ طَالِقٌ وَفُلَانَةُ فَقَالَتْ: قَدْ حِضْتُ طَلُقَتْ هِيَ وَلَمْ تَطْلُقْ فُلَانَةُ) وَوَقَعَ الطَّلَاقُ اسْتِحْسَانًا، وَالقِيَاسُ أَنْ لا يَقَعَ لِأَنَّهُ شَرْطٌ فَلَا تُصَدَّقُ كَمَا فِي الدُّخُولِ، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّهَا أَمِينَةٌ فِي حَقِّ نَفْسِهَا إِذْ لا يُعْلَمُ ذَلِكَ إِلَّا مِنْ جِهَتِهَا فَيُقْبَلُ قَوْلُهَا كَمَا قُبِلَ فِي حَقِّ العِدَّةِ وَالغَشَيَانِ لَكِنَّهَا شَاهِدَةٌ فِي حَقِّ ضَرَّتِهَا بَلْ هِيَ

قوله: فَقَالَتْ: قَدْ حِضْتُ طَلُقَتْ هِيَ وَلَمْ تَطْلُقْ فُلَانَةُ، هذا ليس بمجرى على عمومه، بل هذا فيما إذا كذبها الزوج في قولها حضتُ، وأمَّا إذا صدقها يقع الطلاق عليهما جميعاً، كذا في «شرح الطحاوي».

قوله: كَمَا فِي الدُّخُولِ، أي: دخول الدار.

قوله: كَمَا قُبِلَ فِي حَقِّ العِدَّةِ وَالغَشَيَانِ، أمَّا قبول قولها في العدة فهو ظاهر بأن قالت: قد انقضت عدتي أو لم تنقض، وأمَّا في الغشيان بأن تقول المطلقة الثلاث: انقضت عدتي وتزوجتُ بزوج آخر ودخل بي الزوج الثاني، إلى آخره، على ما يجيء، أو يقبل قول المرأة في حق حل الجماع وحرمته بقولها: أنا طاهر أو حائض.

قوله: لَكِنَّهَا شَاهِدَةٌ فِي حَقِّ ضَرَّتِهَا بَلْ هِيَ مُتَّهَمَةٌ فَلَا يُقْبَلُ، فإن قلتَ: يلزم من هذا

مُتَّهَمَةٌ فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهَا فِي حَقِّهَا.

(وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: إنْ كُنْتِ تُحِبِّينَ أَنْ يُعَذِّبَكِ اللهُ فِي نَارِ جَهَنَّمَ فَأَنْتِ طَالِقٌ وَعَبْدِي حُرٌّ فَقَالَتْ أُحِبُّهُ أَوْ قَالَ: إنْ كُنْتِ تُحِبِّينِي فَأَنْتِ طَالِقٌ وَهَذِهِ مَعَكِ فَقَالَتْ: أُحِبُّكَ، طَلُقَتْ هِيَ وَلَمْ يُعْتَقِ العَبْدُ وَلا تَطْلُقُ صَاحِبَتُهَا) لِمَا قُلْنَا،

أن يكون الشيء الواحد موجودًا ولا يكون موجودًا في حالة واحدة وهو محال، فإنها إن لم تكن حاضت لا تطلق هي ولا ضرتها؛ لأن الشرط لم يوجد، وإن حاضت طلقت هي وضرتها لوجود الشرط، فأما أن يوجد في حقها ولا يوجد في حق ضرتها فلا؛ لأنه حينئذٍ يكون الشيء الواحد موجودًا ولا موجودًا في حالة واحدة.

قلتُ: هذا أمر شرعي، فإن الشرع لمَّا أثبت بقولها حضتُ وصفين متغايرين وهما الأمانة والشهادة، رتب على ذينك الوصفين المتغايرين حكمين متغايرين على وفاق ما يقتضيه ذانك الوصفان، وليس ببعيد أن يعطى الشيء الواحد أوصافاً مختلفة، فبحسب اختلاف تلك الأوصاف تثبت أحكام مختلفة وهو شيء واحد، كمن حلف لا يشرب خمرًا ثم شرب خمر الذمي في نهار رمضان بغير إذنه، يجب عليه خمسة أحكام مختلفة، وما سببها إلا شيء واحد وهو الشرب، فالأحكام هي ضمان خمر الذمي، وكفارة الفطر، وقضاء صوم ذلك اليوم، وكفارة الحنث، والحد.

وكذلك يثبت الحكمان في رواية من المسائل لاقتضائها الوجود والعدم بحسب الحجة، ألا ترى أن الملك إذا ثبت للمستحق بإقرار المشتري لم يرجع على البائع بالثمن، وإن شهادة رجل وامرأتين بالسرقة حجة في حق المال دون القطع، وأحدُ الورثة إذا أقرَّ بدين الميت يصدق في حقه، ولا يصدق في حق سائر الورثة، وإن كان كل واحد من الوصفين في هذه المسائل لا ينفك عن الآخر ولم يقل فيه يثبت الملك للمستحق أم لا؟ بل يقال: يثبت به من حيث الإقرار ولم يثبت من حيث الشهادة.

قوله: وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: إنْ كُنْتُ تُحِبِّينَ، إلى **قوله:** وَلا تَطْلُقُ صَاحِبَتُهَا، غير أن هذه

وَلَا يُتَيَقَّنُ بِكَذِبِهَا لِأَنَّهَا لِشِدَّةِ بُغْضِهَا إِيَّاهُ قَدْ تُحِبُّ التَّخْلِيصَ مِنْهُ بِالعَذَابِ، وَفِي

المسألة تفارق المسألة الأولى لوجهين:

أحدهما: أن هذا يقتصر على المجلس إن أخبرت بذلك في المجلس يقع، ولا يقع في غير ذلك المجلس؛ لأنه أثبت التخيير حيث جعل الأمر إلى اختيارها ومحبتها، وفي مسألة الحيض لا يقتصر؛ لأنه ليس فيه معنى التمليك، بل هي نظيرة سائر التعليقات، فلا يقتصر على المجلس.

والثاني: أنَّها لو كانت كاذبة فيما قالت لا يقع الطلاق فيما بينه وبين الله تعالى في مسألة الحيض.

وأمَّا في فصل المحبة فيقع؛ لأن حقيقة المحبة والبغض ممَّا لا يوقف عليها من قبل أحد، لا من قبلها ولا من قبل غيرها؛ لأن القلب منقلب لا يستقر على شيء، فما لم يوقف عليه يتعلق الحكم بدليله كالسفر مع المشقة، والنوم مع الحدث، فصار كل الشرط هو الإخبار عن المحبة وقد وجد فتبعه حكمه.

وأمَّا الحيض فإن له حقيقة وأياماً معلومة فيتعلق الحكم به، فإذا أخبرت كاذبة لا يقع فيما بينه وبين الله، كذا في «مبسوط فخر الإسلام» رحمه الله.

وذكر مسألة في «الفوائد الظهيرية» تشهد لصحة ما ذكرنا، وهي أنه لو قال: أنت طالق إن كنت أنا أحب كذا، ثم قال: لستُ أحبه وهو كاذب فهي امرأته ويسعه أن يطأها فيما بينه وبين الله تعالى.

قال شمس الأئمة رحمه الله: وهذا مشكل؛ لأنه إن كان لا يعرف ما في قلبها حقيقةً يعرف ما في قلبه، ولكن الطريق ما قلنا، وهو أن ما في قلبه وما في قلبها لا يمكن الوقوف على حقيقته؛ فإنَّما يتعلق الحكم بالسبب الظاهر وهو الإخبار، فيدور الحكم مع السبب الظاهر وجودًا وعدماً، ويسقط اعتبار المعنى الخفي.

قوله: وَلَا يُتَيَقَّنُ بِكَذِبِهَا، جواب سؤال مقدر، فإنه ذكر السؤال والجواب في «الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله وقال:

فإن قيل: لمَّا كان قبول قولها في حقها باعتبار الصدق فإذا أخبرت بمحبة العذاب

حَقِّهَا أَنْ تَعَلَّقَ الحُكْمُ بِإِخْبَارِهَا وَإِنْ كَانَتْ كَاذِبَةً، فَفِي حَقِّ غَيْرِهَا بَقِيَ الحُكْمُ عَلَى الأَصْلِ وَهِيَ المَحَبَّةُ (وَإِذَا قَالَ لَهَا: إِذَا حِضْتِ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَرَأَتِ الدَّمَ لَمْ يَقَعِ الطَّلَاقُ حَتَّى يَسْتَمِرَّ بِهَا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ) لِأَنَّ مَا يَنْقَطِعُ دُونَهَا لا يَكُونُ حَيْضًا (فَإِذَا تَمَّتْ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ حَكَمْنَا بِالطَّلَاقِ مِنْ حِينِ حَاضَتْ) لِأَنَّهُ بِالِامْتِدَادِ عُرِفَ أَنَّهُ مِنَ الرَّحِمِ فَكَانَ حَيْضًا مِنَ الِابْتِدَاءِ (وَلَوْ قَالَ لَهَا: إِذَا حِضْتِ حَيْضَةً فَأَنْتِ طَالِقٌ لَمْ تَطْلُقْ حَتَّى تَطْهُرَ مِنْ حَيْضَتِهَا) لِأَنَّ الحَيْضَةَ بِالهَاءِ هِيَ الكَامِلَةُ مِنْهَا، وَلِهَذَا حُمِلَ عَلَيْهِ فِي حَدِيثِ

ونحن نتيقن بكذبها في ذلك، وجب أن لا يقبل قولها أصلًا.

قلنا: لم يتيقن بكذبها في ذلك فإن الجاهل قد يختار العذاب على ما يبغضه، فلعلها لشدة بغضها زوجها وجهلها بمقدار ألم العذاب تختار ذلك، فلم تكن كاذبة قطعاً.

قوله: فَإِذَا تَمَّتْ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ حَكَمْنَا بِالطَّلَاقِ مِنْ حِينِ حَاضَتْ، وفائدة هذا تظهر فيما إذا كانت المرأة غير مدخول بها، فإنَّها لمَّا رأت دماً تزوجت بزوج آخر واستمر بها الدم ثلاثة أيام كان النكاح صحيحاً، لانقطاعها عن الزوج بأول ما رأت لا إلى عدةٍ، وتظهر أيضاً فيما إذا قال: إن حضت فعبدي حر والمسألة بحالها كان العبد حرًّا من حين رأت الدم حتَّى كان الاكتساب للعبد، ويظهر أيضاً في حق الجناية منه وعليه، وقيل: يجب على المفتي أن يجيب بقوله: كانت مطلقة من أول ثلاثة أيام، عمَّا سئل بعد استمرار ثلاثة أيام هل يقع الطلاق أم لا؟ وبالفارسية (طلاق شده است).

قوله: وَلَوْ قَالَ لَهَا: إِذَا حِضْتِ حَيْضَةً فَأَنْتِ طَالِقٌ لَمْ تَطْلُقْ حَتَّى تَطْهُرَ مِنْ حَيْضَتِهَا، وكذا إذا قال: إذا حضت نصف حيضة؛ لأن الحيضَ لا يتنصف، كذا ذكره الإمام التمرتاشي.

وعن هذا قالوا: لو قال: إذا حضت فأنت طالق، كان الطلاق بدعيًّا، وإذا قال: إن حضت حيضة فأنت طالق، كان سُنيًّا؛ لأنه لا يقع إلا بعد ما طهرت.

قوله: وَلِهَذَا حُمِلَ عَلَيْهِ فِي حَدِيثِ الِاسْتِبْرَاءِ، وهو ما قال صلَّى الله عليه وسلم في

الِاسْتِبْرَاءِ وَكَمَالُهَا بِانْتِهَائِهَا وَذَلِكَ بِالطُّهْرِ.

سبايا أوطاس: «ولا الحبالى حتى يستبرئن بحيضة»؛ أراد بها الحيضة الكاملة وكمال الحيض بانتهائها، وذلك بانقطاع الدم إذا كان أيامها عشرة، أو بالانقطاع والغسل، أو ما يقوم مقام الغسل إذا كانت أيّامها دون العشرة، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

اعلم أن هاهُنا قيدًا ذكره في «الذخيرة» وهو: إنما يقبل قولها فيما أخبرت من الطهر والحيض الذي هو شرط وقوع الطلاق إذا كان في ذلك الوقت الذي أخبرت به كان الطهر أو الحيض قائمًا، وأمّا إذا لم تكن موصوفة بما أخبرت في تلك الحال التي أخبرت به، فلا تصدق وإن كان ذلك الطهر والحيض بعد يمين الزوج.

بيان ذلك أن الرجل إذا قال لامرأته: إن حضت حيضةً فأنت طالق، فمكثت عشرة أيام ثم قالت المرأة: حضت حيضة فطهرت واغتسلت، وكذبها الزوج فالقول في ذلك قولها.

وأمّا إذا قالت بعد تطاول الزمان: حضتُ فطهرتُ وأنا الآن حائض بحيضة أخرى، لا يقبل قولها ولا يقع عليها الطلاق؛ لأنها أخبرت عما هو شرط وقوع الطلاق حال فواتها وانعدامها، ولا يقع الطلاق إلا إذا أخبرت عن الطهر بعد انقضاء هذه الحيضة، فحينئذٍ يقع الطلاق.

وكذلك في المسألة الأولى إذا قال لها: إن حضت فأنت طالق، فمكثت خمسة أيام ثم قالت: قد حضت منذ خمسة أيام وأنا الآن حائضٌ، صدقت ووقع عليها الطلاق؛ لأنها أخبرت عما هو شرط وقوع الطلاق حال قيامه وهو ورود الدم، فإن الشرط في هذه الحالة نفس الحيض، والحيض عبارة عن درور الدم، ولو قالت في هذه الصورة: حضتُ وطهرتُ لا تصدق إذا كذبها الزوج؛ لأنها أخبرت عمّا هو شرط وقوع الطلاق حال فواته، والمعنى فيه هو أن الله تعالى جعل المرأة أمينة فيما تخبر من الحيض أو الطهر ضرورة إقامة الأحكام المتعلقة بها، فمادامت الأحكام قائمةً كان الائتمان قائماً من جهة الشرع فتصدق، وإذا كانت الأحكام مقتضية كان الائتمان فائتاً فلا تصدق.

وهذا بخلاف المودع في حق الوديعة، فإن المودع إذا قال: رددت الوديعة أو هلكت فإنه يصدقُ ولا يشترط لتصديقه فيما أخبر قيام الأمانة؛ لأن المودع صار أميناً من جهة

(وَإِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ إِذَا صُمْتِ يَوْمًا طَلُقَتْ حِينَ تَغِيبَ الشَّمْسُ فِي الْيَوْمِ الَّذِي تَصُومُ) لِأَنَّ الْيَوْمَ إِذَا قُرِنَ بِفِعْلٍ مُمْتَدٍّ يُرَادُ بِهِ بَيَاضُ النَّهَارِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ إِذَا صُمْتِ لِأَنَّهُ لَمْ يُقَدِّرْهُ بِمِعْيَارٍ وَقَدْ وُجِدَ الصَّوْمُ بِرُكْنِهِ وَشَرْطِهِ.

(وَمَنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: إِذَا وَلَدْتِ غُلَامًا فَأَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَإِذَا وَلَدْتِ جَارِيَةً فَأَنْتِ طَالِقٌ ثِنْتَيْنِ فَوَلَدَتْ غُلَامًا وَجَارِيَةً وَلَا يَدْرِي أَيُّهُمَا أَوَّلُ لَزِمَهُ فِي الْقَضَاءِ تَطْلِيقَةٌ،

صاحب المال صريحـًا وابتداءً، لا لضرورة إقامة الأحكام فإن صاحب المال ائتمنه مطلقًا، أمَّا المرأة إنما صارت أمينةً فيما تخبر من الحيض أو الطهر ضرورة إقامة الأحكام المتعلقة بها على ما ذكرنا.

قوله: وَإِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ إِذَا صُمْتِ يَوْمًا طَلُقَتْ، وكذا إذا قال: إذا صمتُ صومـًا.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ إِذَا صُمْتِ، يعني فصامَتْ ساعة مقرونة بالنية طلقت، كذا ذكره الإمام التمرتاشي.

قوله: لَزِمَهُ فِي الْقَضَاءِ تَطْلِيقَةٌ؛ لأن التيقن فيها وفي الثانية شك، وفيما بينه وبين الله تعالى ينبغي أن يأخذ بالتطليقتين، حتى إذا كان طلقها قبل هذا واحدةً فلا ينبغي له أن يتزوجها حتى تنكح زوجـًا غيره، لاحتمال أنها مطلقة ثلاثـًا؛ ولأن ترك امرأة يحل له وطئها خيرٌ له من أن يطأ امرأة محرمة عليه.

وإن ولدت غلامـًا وجاريتين في بطن واحد، فإن علم أنها ولدت الجاريتين أولًا هي طالق ثنتين بولادة الأولى منهما، وقد انقضت العدة بولادة الغلام، وإن ولدت الغلام أولًا طلقت واحدة بولادة الغلام، وتطليقتين بولادة الجارية الأولى وقد انقضت عدتها بولادة الأخرى، وإن ولدت إحدى الجاريتين أولًا ثم الغلام ثم الجارية، طلقت تطليقتين بولادة الجارية الأولى والثالثة بولادة الغلام، وقد انقضت عدتها بولادة الأخرى، كذا في «المبسوط».

فحاصل أحوالهما لا يخلو عن ثلاثة أوجه؛ فإن علما أن الغلام أولٌ طلقت واحدة

وَفِي التَّنَزُّهِ تَطْلِيقَتَانِ وَانْقَضَتِ العِدَّةُ بِوَضْعِ الحَمْلِ) لِأَنَّهَا لَوْ وَلَدَتِ الغُلَامَ أَوَّلًا وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ وَتَنْقَضِي عِدَّتُهَا بِوَضْعِ الجَارِيَةِ ثُمَّ لا تَقَعُ أُخْرَى بِهِ لِأَنَّهُ حَالُ انْقِضَاءِ العِدَّةِ، وَلَوْ وَلَدَتِ الجَارِيَةَ أَوَّلًا وَقَعَتْ تَطْلِيقَتَانِ وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا بِوَضْعِ الغُلَامِ ثُمَّ لا يَقَعُ شَيْءٌ آخَرُ بِهِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ حَالُ انْقِضَاءِ العِدَّةِ، فَإِذًا فِي حَالٍ تَقَعُ وَاحِدَةٌ وَفِي حَالٍ تَقَعُ ثِنْتَانِ فَلَا تَقَعُ الثَّانِيَةُ بِالشَّكِّ وَالِاحْتِمَالِ، وَالأَوْلَى أَنْ يُؤْخَذَ بِالثِّنْتَيْنِ تَنَزُّهًا وَاحْتِيَاطًا، وَالعِدَّةُ مُنْقَضِيَةٌ بِيَقِينٍ لِمَا بَيَّنَّا.

(وَإِنْ قَالَ لَهَا: إِنْ كَلَّمْتِ أَبَا عَمْرٍو وَأَبَا يُوسُفَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا ثُمَّ طَلَّقَهَا وَاحِدَةً فَبَانَتْ وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا فَكَلَّمَتْ أَبَا عَمْرٍو ثُمَّ تَزَوَّجَهَا فَكَلَّمَتْ أَبَا يُوسُفَ فَهِيَ طَالِقٌ ثَلَاثًا مَعَ الوَاحِدَةِ الأُولَى، وَقَالَ زُفَرُ - رَحِمَهُ اللهُ -: لا يَقَعُ) وَهَذِهِ عَلَى وُجُوهٍ: أَمَّا إِنْ وُجِدَ الشَّرْطَانِ فِي المِلْكِ فَيَقَعُ الطَّلَاقُ وَهَذَا ظَاهِرٌ، أَوْ وُجِدَا فِي غَيْرِ المِلْكِ فَلَا يَقَعُ، أَوْ وُجِدَ الأَوَّلُ فِي المِلْكِ وَالثَّانِي فِي غَيْرِ المِلْكِ فَلَا يَقَعُ أَيْضًا لِأَنَّ الجَزَاءَ لا يَنْزِلُ فِي غَيْرِ المِلْكِ فَلَا يَقَعُ، أَوْ وُجِدَ الأَوَّلُ فِي غَيْرِ المِلْكِ وَالثَّانِي فِي المِلْكِ

وانقضت عدتها بالجارية فلا يقع شيء، وإن علما أن الجارية أول طلقت ثنتين، وإن اختلفا فالقول للزوج لإنكاره الزيادة، وإن قالا: لا ندري طلقت واحدةً قضاءً، وفي النسوة ثنتان، هذا في الولادة، ولو قال: إن كان حملك هذا جارية فأنت طالق، وإن كان غلاماً فثنتين، فولدتهما لم يقع؛ لأن الحمل اسم لجميع ما في البطن، وما في البطن ليس بغلام ولا جارية فلم يوجد شرط الحنث، ألا ترى لو نظر إلى جوالق، فقال: إن كان ما فيه حنطة فامرأتي طالق، وإن كان ما فيه دقيق فعبدي حر، فإذا فيه حنطة ودقيق لم تطلق ولم يعتق، وكذا لو قال: إن كان ما في بطنك، ولو قال إن كان في بطنك لزماه لوجود الشرطين، كذا ذكره الإمام التمرتاشي.

قوله: تَنَزُّهًا، والمراد بالتنزّه التباعد عن السوء وعما هو في مظان الحرمة.

وَهِيَ مَسْأَلَةُ الكِتَابِ الخِلَافِيَّةُ، لَهُ اعْتِبَارُ الأَوَّلِ بِالثَّانِي إِذْ هُمَا فِي حُكْمِ الطَّلَاقِ كَشَيْءٍ وَاحِدٍ، وَلَنَا أَنَّ صِحَّةَ الكَلَامِ بِأَهْلِيَّةِ المُتَكَلِّمِ، إِلَّا أَنَّ المِلْكَ يُشْتَرَطُ حَالَةَ التَّعْلِيقِ لِيَصِيرَ الجَزَاءُ غَالِبَ الوُجُودِ لِاسْتِصْحَابِ الحَالِ فَتَصِحُّ اليَمِينُ وَعِنْدَ تَمَامِ الشَّرْطِ لِيَنْزِلَ الجَزَاءُ لِأَنَّهُ لا يَنْزِلُ إِلَّا فِي المِلْكِ، وَفِيمَا بَيْنَ ذَلِكَ الحَالِ حَالُ بَقَاءِ اليَمِينِ فَيُسْتَغْنَى عَنْ قِيَامِ المِلْكِ إِذْ بَقَاؤُهُ بِمَحَلِّهِ وَهُوَ الذِّمَّةُ.

(وَإِنْ قَالَ لَهَا: إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا فَطَلَّقَهَا ثِنْتَيْنِ وَتَزَوَّجَتْ زَوْجًا آخَرَ

قوله: إِذْ هُمَا فِي حُكْمِ الطَّلَاقِ كَشَيْءٍ وَاحِدٍ، من حيث أن الطلاق لا يقع إلا بهما، فصار الشرطان بمنزلة شرطٍ واحدٍ، ولو كان شرطًا واحدًا لما وقع بدون وجود الملك، فكذلك هاهُنا.

قوله: إِلَّا أَنَّ المِلْكَ يُشْتَرَطُ حَالَةَ التَّعْلِيقِ، إلى آخره، جواب سؤال مقدر وهو أن يقال: لمَّا كان محل اليمين الذمة ينبغي أن لا يشترط الملك وقت تعليق اليمين، فأجاب عنه وقال: إنما اشترط الملك وقت التعليق ليكون الجزاء غالب الوجود؛ لأن الملك إذا كان موجودًا وقت التعليق فالظاهر بقاؤه باستصحاب الحال إلى وقت وجود الشرط، وإذا لم يوجد الملك وقت التعليق لا يكون الجزاء غالب الوجود، فلا تفيد اليمينُ فائدتها وهي المنعُ عن الإقدام على وجود الشرط الذي يلزم منه نزول الجزاء.

قوله: وَفِيمَا بَيْنَ ذَلِكَ الحَالِ حَالُ بَقَاءِ اليَمِينِ فَيُسْتَغْنَى عَنْ قِيَامِ المِلْكِ، كما إذا علق طلاقها بالشرط فأبانها وانقضت عدَّتها، ثم تزوَّجها فأتت بالشرط فإنها تطلق بالإجماع، واليمين لم تبطل بزوال الملك فكان كالنصاب إذا انتقص في خلال الحول لم يضره.

قوله: وَإِنْ قَالَ لَهَا: إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا فَطَلَّقَهَا ثِنْتَيْنِ، إلى آخره، فائدة الخلاف لا تظهر في هذا الذي ذكره في الكتاب، فإنها إذا تزوجت بزوج آخر ثمَّ عادت إلى الزوج الأول، ثم دخلت الدار فإنه يقع عليها الثلاث بالاتفاق، أمَّا عند محمد رحمه الله

وَدَخَلَ بِهَا ثُمَّ عَادَتْ إِلَى الأَوَّلِ فَدَخَلَتِ الدَّارَ طَلُقَتْ ثَلاثًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَى، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحْمَةُ اللهِ تَعَالَى عَلَيْهِ: هِيَ طَالِقٌ مَا بَقِيَ مِنَ الطَّلَاقِ) وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ رَحْمَةُ اللهِ تَعَالَى عَلَيْهِ، وَأَصْلُهُ أَنَّ الزَّوْجَ الثَّانِيَ يَهْدِمُ مَا دُونَ الثَّلَاثِ عِنْدَهُمَا فَتَعُودُ إِلَيْهِ بِالثَّلَاثِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ وَزُفَرَ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَى لا يَهْدِمُ مَا دُونَ الثَّلَاثِ فَتَعُودُ إِلَيْهِ مَا بَقِيَ، وَسَنُبَيِّنُ مِنْ بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى.

(وَإِنْ قَالَ لَهَا: إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلاثًا ثُمَّ قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاثًا فَتَزَوَّجَتْ غَيْرَهُ وَدَخَلَ بِهَا ثُمَّ رَجَعْت إِلَى الأَوَّلِ فَدَخَلَتِ الدَّارَ لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ) وَقَالَ زُفَرُ رَحْمَةُ اللهِ تَعَالَى عَلَيْهِ: يَقَعُ الثَّلَاثُ لِأَنَّ الجَزَاءَ ثَلَاثٌ مُطْلَقٌ لِإِطْلَاقِ اللَّفْظِ، وَقَدْ بَقَى احْتِمَالَ وُقُوعِهَا فَتَبْقَى اليَمِينُ، وَلَنَا أَنَّ الجَزَاءَ طَلَقَاتُ هَذَا المِلْكِ؛ لِأَنَّهَا هِيَ

فلعدم الهدم، وأمَّا عندهما وإن وجد الهدمُ فبالدخول في الدار يقع الثلاث؛ لأن الثلاث معلقة بدخول الدار.

وإنما يظهر ثمرة الاختلاف فيما إذا علق الطلقة الواحدة بدخول الدار، ثم نجزها طلقتين وتزوجت بزوج آخر فعادت إلى الأول فدخلت الدار، تثبت الحرمة الغليظة عند محمدٍ لعدم الهدم، وأمَّا عندهما لا يثبت لتحقق الهدم.

قوله: وَقَدْ بَقَى احْتِمَالَ وُقُوعِهَا فَتَبْقَى اليَمِينُ، أي: بنكاحها ثانياً بعد تزوجها بزوج آخر.

قوله: وَلَنَا أَنَّ الجَزَاءَ طَلَقَاتُ هَذَا المِلْكِ، لأن المطلق يتقيد بدلالة الحل، فينصرف بهذا الطلاق إلى الطلقات المملوكة لا الطلقات المستحدثة بعد التزوج بزوج آخر؛ لأن الطلقات الثلاث مانعةٌ لها عن دخول الدار، فلا يتحقق تزوج الثاني ولا العود إلى الأول ثانياً، فيكون المراد من إطلاق الطلاق هو الطلقات المملوكة من حيث الظاهر، أو لأنَّها لمَّا تزوجت بزوج آخر فالظاهر أنَّها لا تعود إلى الأول ثانياً؛ لما أن الزوج الأول أتى

المَانِعَةُ لِأَنَّ الظَّاهِرَ عَدَمُ مَا يَحْدُثُ وَاليَمِينُ تُعْقَدُ لِلْمَنْعِ أَوِ الحَمْلِ، وَإِذَا كَانَ

بمكروه طبعها وهو الطلقات الثلاث، فاللهُ تعالى جازاهُ بشيء هو مكروه طبع الزوج وهو تحلل الزوج الثاني، فإذا كان كذلك لا يوجد ملك الطلقات المستحدثة ظاهرًا، فلا يكون لذلك مراد الزوج الطلقات المستحدثة، فتعين لإطلاقه الطلقات المملوكة، وقد انتهى ذلك بإرسال الثلاث.

وذكر في «المبسوط»: وحجتنا في ذلك أن انعقادَ هذه اليمين باعتبار التطليقات المملوكة، فإن اليمينَ في الطلاق لا ينعقد إلا في الملك أو مضافة إلى الملك، ولم توجد الإضافة هاهُنا، فكان انعقادها باعتبار التطليقات المملوكة وهي محصورة بالثلاث، وقد أوقع كله والكل من كل شيء لا يتصور تعدده، فعرفنا أنه لم يبق شيء من الجزاء المتعلق بالشرط طلاقـًا كان أو غيره، والطريق المعتمد أن يقول بوقوع الثلاث عليها خرجت من أن يكون محلًّا للطلاق؛ لأن الطلاق مشروع لرفع الحل وقد ارتفع الحل بالتطليقات الثلاث، وفوت محل الجزاء يبطل اليمين كفوت محل الشرط بأن قال: إن دخلت هذه الدار، ثم جعل الدار بستانـًا أو حمامـًا لا يبقى اليمين فهذا مثله.

فإن قلتَ: يشكل هذا بما إذا قال لعبده: إن دخلت الدار فأنت حر، ثم باعه، ثم اشتراه فدخل الدار يعتق، مع أنه بالبيع لم يبق العبد محلًّا ليمينه، وكذلك بقيت هذه المرأة لحكم النكاح في حق الظهار بعد الثلاث، فتبقى في حق الطلاق أيضًا؛ لأنهما حكمان مستفادان من ملك النكاح، وهو أنه لو قال لها: إن دخلت الدار فأنت عليَّ كظهر أمي، ثم طلقها ثلاثـًا ثم عادت إليه بعد زوج يكون مظاهرًا منها إذا دخلت الدار، وكذلك لو طلقها ثنتين في مسألة اليمين، ثم عادت إليه بعد زوج آخر فدخلت الدار تطلق ثلاثـًا ما الفرق بين هذه المسائل؟

قلتُ: أمَّا الأول فإن العبد بصفة الرق كان محلًّا للعتق، وبالبيع لم تفت تلك الصفة حتى لو فاتت بالعتق لم تبق اليمينُ.

وأمَّا الثاني فإن محلية الظهار لا تنعدم بالتطليقات الثلاث؛ لأن الحرمة بالظهار غير الحرمة بالطلاق، فإن تلك الحرمة حرمة إلى وجود التكفير، وهذه حرمة إلى وجود

الجَزَاءُ مَا ذَكَرْنَاهُ وَقَدْ فَاتَ بِتَنْجِيزِ الثَّلَاثِ المُبْطِلِ لِلْمَحَلِّيَّةِ فَلَا تَبْقَى اليَمِينُ، بِخِلَافِ مَا إذَا أَبَانَهَا لِأَنَّ الجَزَاءَ بَاقٍ لِبَقَاءِ مَحَلِّهِ.

(وَلَوْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: إذَا جَامَعْتُكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا فَجَامَعَهَا فَلَمَّا التَقَى الخِتَانَانِ طَلُقَتْ ثَلَاثًا، وَإِنْ لَبِثَ سَاعَةً لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ المَهْرُ، وَإِنْ أَخْرَجَهُ ثُمَّ أَدْخَلَهُ وَجَبَ عَلَيْهِ المَهْرُ، وَكَذَا إذَا قَالَ لِأَمَتِهِ: إذَا جَامَعْتُكِ فَأَنْتِ حُرَّةٌ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ عَلَيْهِ أَنَّهُ أَوْجَبَ المَهْرَ فِي الفَصْلِ الأَوَّلِ أَيْضًا لِوُجُودِ الجِمَاعِ بِالدَّوَامِ عَلَيْهِ، إلَّا أَنَّهُ لا يَجِبُ

ما يرفعها وهو الزوج الثاني، إلا أنها لو دخلت الدار بعد التطليقات الثلاث إنما لا يصير مظاهرًا؛ لأنه لا حل بينهما في الحال والظهار تشبيه المحللة بالمحرمة، وذلك يوجد بعد التزوج بها إذا دخلت الدار.

وأمَّا الثالث فإنها إنما تطلق ثلاثـًا عند دخول الدار؛ لأن المحل باق بعد الثنتين فإن المحلية باعتبار صفة الحل وهي قائمة بعد الثنتين فيبقى اليمين، وعلى هذا لو قال: أنت طالقٌ كلما حضت حيضة فبانت بثلاث، ثم لو عادت إليه بعد زوج لم يقع عليها شيء وإن حاضت إلا على قول زفر، وكذلك إن آلى منها فبانت بالإيلاء ثم تزوجها فبانت أيضـًا حتى بانت بثلاثٍ، ثم تزوجها بعد زوج لم يقع عليها بهذا الإيلاء طلاق إلا على قول زفر رحمه الله، ولكن إن قربها كفر يمينه؛ لأن اليمين باقيةٌ فإن انعقادها وبقاءها لا يختص بمحل الحلِ، فإذا قربها تحقق حنثه في اليمين فتلزمه الكفارة، كذا في «المبسوط».

قوله: وَقَدْ فَاتَ، أي الجزاء المملوك.

قوله: وَإِنْ لَبِثَ سَاعَةً لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ المَهْرُ، يريد به العقر أي عندهما، خلافاً لأبي يوسف رحمه الله.

قوله: وَإِنْ أَخْرَجَهُ ثُمَّ أَدْخَلَهُ وَجَبَ عَلَيْهِ المَهْرُ، أي: بالإجماع.

قوله: وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ عَلَيْهِ أَنَّهُ أَوْجَبَ المَهْرَ فِي الفَصْلِ الأَوَّلِ، أي: فيما

عَلَيْهِ الحَدُّ لِلاتِّحَادِ، وَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ الجِمَاعَ إِدْخَالُ الفَرْجِ فِي الفَرْجِ وَلا دَوَامَ لِلْإِدْخَالِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَخْرَجَ ثُمَّ أَوْلَجَ لِأَنَّهُ وُجِدَ الإِدْخَالُ بَعْدَ الطَّلَاقِ إِلَّا أَنَّ الحَدَّ لا يَجِبُ بِشُبْهَةِ الاتِّحَادِ بِالنَّظَرِ إِلَى المَجْلِسِ وَالمَقْصُودِ وَإِذَا لَمْ يَجِبِ الحَدُّ وَجَبَ العُقْرُ إِذِ الوَطْءُ لا يَخْلُو عَنْ أَحَدِهِمَا، وَلَوْ كَانَ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا يَصِيرُ مُرَاجِعًا بِاللَّبَاثِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - لِوُجُودِ المِسَاسِ، وَلَوْ نَزَعَ ثُمَّ أَوْلَجَ صَارَ مُرَاجِعًا بِالإِجْمَاعِ لِوُجُودِ الجِمَاعِ، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

إذا لم يخرجه بوجود الاستمتاع في غير الملك، وحاصله أنه جعل الدوام على اللبث بعد الدخول بمنزلة الدخول الابتدائي.

قوله: وَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ الجِمَاعَ إِدْخَالُ الفَرْجِ فِي الفَرْجِ وَلا دَوَامَ لِلْإِدْخَالِ، ولمَّا لم يكن له الدوام لم يجعل الدوام على الإدخال بمنزلة الإدخال الابتدائي، فلم يجب العُقر فيما إذا لم يخرجه ثم يدخله، والجماع في أصله عبارة عن الموافقة والمساعدة في أي شيء كان، فإن محمدًا رحمه الله كثيرًا ما يقول في «كتاب الحجة على أهل المدينة»: ألستم قد جامعتمونا في كذا؟ أي: وافقتمونا.

وحُكي عن الطحاوي رحمه الله أنه كان يملي على ابنته مسائل ويقول في إملائه: أَلَسْنا قد جامعناكم على كذا؟ وألستُم قد جامعتمونا على كذا؟ يُريد بذلك وافقناكم ووافقتمونا، فتبسَّمت ابنته من ذلك يوماً فوقع بصره عليها، فقال ما شأنك تبسَّمت؟ فتبسمت مرَّة أخرى، فأحسَّ الطحاويُّ منها أنها ذهبت بهذه اللفظة إلى الجماع المعروف، فقال: أأن يُفهم من هذا؟ فاستشاط غضباً وقطع الإملاء، ورفع يديه إلى السماء وقال: اللهم لا أريد حياةً بعد هذا، فتمنى الموت فأُعطي ما تمنَّى، فماتَ رحمه الله بعد ذلك من نحو خمسة أيامٍ، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: لِوُجُودِ المِسَاسِ، مع أن هذا له حكم دوام الجماع عند أبي يوسف كيلا يمنع مانع، فأمَّا دوام المساس فموجود بالإجماع، والله تعالى أعلم.

(فَصْلٌ فِي الِاسْتِثْنَاءِ)

فصل في الاستثناء

ألحق بالتعليق فصل الاستثناء؛ لأنَّهما جميعاً من بيان التغيير؛ ولأن الشرط يمنع كل الكلام والاستثناء يمنع بعض الكلام، والجزء أبدًا يتبع الكل، ثم ذكر أولاً في هذا الفصل من مسائل الاستثناء مسألة إن شاء الله تعالى لقربها ومشابهتها بمسائل ما قبل الفصل من مسائل التعليق بوجهين:

أحدهما: وجود حرف الشرط فيهما، والثاني: منع موجب كل الكلام.

الاستثناء: استفعال من الثني وهو الصرف، يقال: ثنيتُ الشيء ثنياً عطفته، ثمَّ المناسبة بين قوله: إن شاء الله وبين الاستثناء من حيث أن كل واحد منهما يمنع أول الكلام، أو هو اسم توقيفي، قال الله تعالى: ﴿وَلَا يَسْتَثْنُونَ ﴿١٨﴾﴾ [القلم: ١٨].

ثم اختلفوا في أن قوله: إن شاء الله، بعد ذكر الجُمل للإبطال أو للتعليق؛ ذكر ذلك في باب الاستثناء من إقرار هذا الكتاب، فقال: لأن الاستثناء بمشيئة الله تعالى إما إبطال أو تعليق، أي: إبطال على قول أبي يوسف وتعليق على قول محمد رحمهما الله.

وثمرة الاختلاف تظهر في مواضع:

أحدها: أنه إذا قدَّم المشيئة فقال: إن شاء الله أنت طالق، عند أبي يوسف رحمه الله لا يقع الطلاق؛ لأنه إبطال فيبطل الطلاق سواء قدَّم أو أخَّر، بحرف الفاء أو بغيره، وقال محمد رحمه الله: يقع الطلاق؛ لأنه للتعليق، فإذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق وبقي الطلاق من غير شرط، كذا في «الجامع الصَّغير» لقاضي خان رحمه الله، وذكر في «فتاوى

(وَإِذَا قَالَ الرَّجُلُ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى مُتَّصِلًا لَمْ يَقَعِ الطَّلَاقُ) لِقَوْلِهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «مَنْ حَلَفَ بِطَلَاقٍ أَوْ عَتَاقٍ وَقَالَ: إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى

قاضي خان» رحمه الله: والفتوى على قول أبي يوسف.

والثاني: يظهر فيما ذكر في «الإيضاح»، ولكن ذكر الاختلاف فيه على عكس ما ذكر في «الجامع الصَّغير» لقاضي خان فقال: قال أبو يوسف رحمه الله: هذه الكلمة شرط، وقال محمد رحمه الله: رفعٌ للكلام، والاختلاف يظهر فيما إذا جمع بين يمينين فقال: أنت طالقٌ إن دخلتِ الدار، وعبدي حرٌّ إن كلمتُ زيدًا إن شاء الله، قال أبو يوسف: يعودُ إلى الجملة التامة، وقال محمدٌ: ينصرف إلى الكل، فأبو يوسف رحمه الله اعتبر صيغة الشرط والأصل في الجملتين إذا وجدتا، ثم عقب ذلك بشرط أن ينصرف الشرط إلى الجملة التامة، ومحمد رحمه الله اعتبر معنى الكلام فقال: الصيغة صيغة الشرط ومعناه رفع الحكم وإعدامه على خلاف سائر التعليقات، فإن التعليق بالشروط وإن كان إعداماً للحال ولكن عرضية الوجود له ثابتة عند وجود الشرط، والتعليق بمشيئة الله تعالى إعدام لحكم الكلام أصلًا؛ إذ لا طريق للوقوف على المشيئة، وإحدى الجملتين ليست بأولى في الانعدام من الأخرى فانصرف إلى الكل، ولو قال: أنت طالق وعبدي حر إن شاء الله، انصرف إليهما بلا خلاف؛ لأنه إن اعتبر شرطًا كما قاله أبو يوسف انصرف إليهما، وإذا اعتبر رفعاً كما قاله محمد فكذلك.

وذكر في «المحيط» ما يوافق لما ذكر في «الإيضاح» فقال: قوله: إن شاء الله تعالى يستعمل لإبطال الكلام، أو يستعمل استعمال الشروط للتعليق، فعلى قول أبي يوسف يستعمل استعمال الشروط، وعلى قولهما يستعمل استعمال الإبطال، حتى أن من قال لامرأته: إن شاء الله أنت طالق، إن شاء الله أنت طالق، فعلى قولهما لا يقع الطلاق، وعلى قول أبي يوسف يقع.

والثالث: يظهر فيما ذكر في طلاق «فتاوى قاضي خان» رحمه الله فقال: ثم اختلف أبو يوسف ومحمد أن الطلاق المقرون بالاستثناء في موضع يصح الاستثناء هل يكون يمينًا؟ قال أبو يوسف: يكون يميناً حتى لو قال لامرأته: إن حلفت بطلاقك فعبدي حر، ثم قال لها: أنت

مُتَّصِلًا بِهِ فَلَا حِنْثَ عَلَيْهِ» وَلِأَنَّهُ أَتَى بِصُورَةِ الشَّرْطِ فَيَكُونُ تَعْلِيقًا مِنْ هَذَا الوَجْهِ وَإِنَّهُ إِعْدَامٌ قَبْلَ الشَّرْطِ وَالشَّرْطُ لا يُعْلَمُ هَاهُنَا فَيَكُونُ إِعْدَامًا مِنَ الأَصْلِ وَلِهَذَا يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ مُتَّصِلًا بِهِ بِمَنْزِلَةِ سَائِرِ الشُّرُوطِ (وَلَوْ سَكَتَ ثَبَتَ حُكْمُ الكَلَامِ الأَوَّلِ) فَيَكُونُ الِاسْتِثْنَاءُ أَوْ ذِكْرُ الشَّرْطِ بَعْدَهُ رُجُوعًا عَنِ الأَوَّلِ.

قَالَ - رَضِيَ اللهُ تَعَالَى عَنْهُ -: (وَكَذَا إِذَا مَاتَتْ قَبْلَ قَوْلِهِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى) لِأَنَّ بِالِاسْتِثْنَاءِ خَرَجَ الكَلَامُ مِنْ أَنْ يَكُونَ إِيجَابًا وَالمَوْتُ يُنَافِي المُوجِبَ دُونَ المُبْطِلِ،

طالق إن شاء الله حتى يصح الاستثناء عندهما، أي: عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، فإنهما يتفقان في صحة الاستثناء ولكن يختلفان في أنه يمين أم لا؟ يحنث في قول أبي يوسف لأنه يمين، وقال محمد: لا يكون يميناً ولا يحنث.

قوله: وَإِنَّهُ إِعْدَامٌ، أي: أن الاستثناء يعدم العلية قبل وجود الشرط، والشرط لا يُعلم هاهُنا وهو المشيئة فيكون إعداماً من الأصل، فلذلك صار هو لإبطال الكلام.

وذكر في «شرح الطحاوي»: أن قوله إن شاء الله كما يُعطل ويُبطل الكلام الذي قبله، فكذلك لو قال: إن لم يشأ الله، أو قال: ما شاء الله يبطل الكلام، وكذلك إذا علق بمشيَّة من لا يظهر مشيئته لنا، كما إذا قال: أنت طالق إن شاء الجن، أو هذا الحائط، وما أشبه ذلك، ولو قال: أنت طالق إن شاء فلان، فعلم فلان ذلك في المجلس فشاء يقع الطلاق.

وكذلك إن كان غائباً فإنه يقتصر على مجلس علمه، بخلاف ما إذا قال: أنت طالق إن دخل فلان الدار، أو فعل فعل كذا، ففي أيّ وقت وجد الشرط يقع الطلاق، ولا يقتصر على المجلس.

قوله: قَالَ رَضِيَ اللهُ تَعَالَى عَنْهُ: وَكَذَا إِذَا مَاتَتْ، هذا معطوف على **قوله**: لَمْ يَقَعِ الطَّلَاقُ.

قوله: وَالمَوْتُ يُنَافِي المُوجِبَ دُونَ المُبْطِلِ، هذا جواب سؤال مقدر بأن يقال: إن الموت ينافي قوله: أنت طالق، حتى لا يقع الطلاق بقوله: أنت طالق حالة الموت، فينبغي

بِخِلَافِ مَا إِذَا مَاتَ الزَّوْجُ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَّصِلْ بِهِ الِاسْتِثْنَاءُ (وَإِنْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا وَاحِدَةً طَلُقَتْ ثِنْتَيْنِ، وَإِنْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا ثِنْتَيْنِ طَلُقَتْ وَاحِدَةً) وَالأَصْلُ أَنَّ الِاسْتِثْنَاءَ تَكَلُّمٌ بِالحَاصِلِ بَعْدَ الثُّنْيَا هُوَ الصَّحِيحُ، وَمَعْنَاهُ أَنَّهُ تَكَلَّمَ بِالمُسْتَثْنَى مِنْهُ، إِذْ لا فَرْقَ بَيْنَ قَوْلِ القَائِلِ لِفُلَانٍ عَلَيَّ دِرْهَمٌ وَبَيْنَ قَوْلِهِ عَشَرَةٌ إِلَّا تِسْعَةً فَيَصِحُّ اسْتِثْنَاءُ البَعْضِ مِنَ الجُمْلَةِ لِأَنَّهُ يَبْقَى التَّكَلُّمُ بِالبَعْضِ بَعْدَهُ،

أن ينافي المبطل أيضـًا، وهو قوله: إن شاء الله، كما ينافي الموجب فحينئذٍ يقع الطلاق، فأجاب عنه وقال: إن الموت مبطل للإيجاب كما أنَّ إن شاء الله مبطل له، فيتناسبان من حيث الإبطال فلذلك لم يبطل الموت الاستثناء فلا يقع الطلاق لصحة الاستثناء.

قولـه: بِخِلَافِ مَا إِذَا مَاتَ الزَّوْجُ، أي بعد قوله: أنت طالق، قبل قوله: إن شاء الله، وهو يريد الاستثناء حيث يقع الطلاق، وإرادته الاستثناء إنما تعلم فيما إذا كان قال قبل ذلك: إنِّي أطلق امرأتِي واستثنى.

وذكر في «المحيط» فقال: وعلى قياس مسألة «النوازل» قالوا: إن من حلف وأراد أن يقول في آخره: إن شاء الله، فسد إنسان فمه، أنه يكون استثناء، تأويله إذا ذكر الاستثناء بعد رفع اليد عن فمه متصلًا به، وقد وجدنا في «نوادر هشام» أنه قال: سألتُ محمدًا عمَّن قال لامرأته: أنت طالق ثلاثـًا وهو يريد أن يستثنى، فأمسكت بفمه وحالت بينه وبين الاستثناء، قال يلزمه الطلاق في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى.

قولـه: وَالأَصْلُ أَنَّ الِاسْتِثْنَاءَ تَكَلُّمٌ بِالحَاصِلِ بَعْدَ الثُّنْيَا هُوَ الصَّحِيحُ، هذا احتراز عن قول بعضهم: أن الاستثناء من الإثبات نفي ومن النفي إثبات، وهذا ينزع إلى أن في الاستثناء معنى المعارضة، وذلك فاسدٌ لما عرف.

قولـه: وَمَعْنَاهُ أَنَّهُ تَكَلَّمَ بِالمُسْتَثْنَى مِنْهُ، أي: بما بقي من المستثنى منه.

قولـه: فَيَصِحُّ اسْتِثْنَاءُ البَعْضِ مِنَ الجُمْلَةِ، فلمَّا صح استثناء البعض من الجملة بعد

وَلا يَصِحُّ اسْتِثْنَاءُ الكُلِّ مِنَ الكُلِّ لِأَنَّهُ لا يَبْقَى بَعْدَهُ شَيْءٌ لِيَصِيرَ مُتَكَلِّمًا بِهِ وَصَارِفًا لِلَّفْظِ إِلَيْهِ، وَإِنَّمَا يَصِحُّ الِاسْتِثْنَاءُ إِذَا كَانَ مَوْصُولًا بِهِ كَمَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ،

ذلك لم يفرق بين أن يكون المستثنى أقلَّ أو أكثر، خلافـًا للفراء، فإنه يقول: لا يصح استثناء الأكثر؛ لأنه لم يتكلم به العرب، فلم يصح عنده **قوله**: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا ثِنْتَيْنِ؛ لأنه استثناء الأكثر.

ولكنَّا نقول: طريق الاستثناء هو ما قلنا: أن يكون عبارة عمَّا وراء المستثنى، فشرط صحته أن يبقى وراء المستثنى شيء يجعل كلامه عبارة عنه، وفي هذا لا فرق بين الأقل والأكثر مع أن استثناء الأكثر موجود في القرآن، قال الله تعالى: ﴿إِنَّ عِبَادِى لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَٰنٌ إِلَّا مَنِ ٱتَّبَعَكَ مِنَ ٱلْغَاوِينَ ﴿٤٢﴾﴾ [الحجر: ٤٢]، استثنى الغاوين وهم أكثر من المؤمنين على ما قال الله تعالى: ﴿وَقَلِيلٌ مِّنْ عِبَادِىَ ٱلشَّكُورُ ﴿١٣﴾﴾ [سبأ: ١٣].

ولم يذكر في الكتاب إذا قال: أنت طالق ثلاثـًا إلا نصف تطليقة، كم يقع؟ قيل: على قول أبي يوسف رحمه الله تطلق ثنتين؛ لأن التطليقة كما لا تتجزي في الإيقاع لا تتجزي في الاستثناء، فصار كأنه قال: إلا واحدة، وعند محمد رحمه الله تطلق ثلاثـًا؛ لأن في الإيقاع إنما لا تتجزي لمعنى في الموقع، وذلك لا يوجد في الاستثناء فتتجزي فيه، وإذا كان المستثنى نصف تطليقة صار كلامه عبارة عن تطليقتين ونصف، فتطلق ثلاثـًا.

قوله: وَلا يَصِحُّ اسْتِثْنَاءُ الكُلِّ مِنَ الكُلِّ لِأَنَّهُ لا يَبْقَى بَعْدَهُ شَيْءٌ لِيَصِيرَ مُتَكَلِّمًا بِهِ، فلمَّا لم يبق شيء هاهُنا بعد الاستثناء لم يجعل متكلمـًا بما بقي، فبقي كلامه الأول كما كان فيقع الثلاث.

وظن بعض أصحابنا أن استثناء الكل رجوع، والرجوع عن الطلاق باطل فلذلك لم يصح، وهذا وهمٌ منهم؛ لما أنه أبطل استثناء الكل في الوصية أيضـًا مع أن الوصية تحتمل الرجوع، فدل أن الطريق ما قلنا.

ولو قال: أنت طالق ثلاثـًا إلا واحدة وواحدةً وواحدةً، عند أبي حنيفة رحمه الله تطلق ثلاثًا؛ لأنه عطف بعض الكلمات على البعض والعطف للاشتراك، وعند ذلك صار مستثنى

وَإِذَا ثَبَتَ هَذَا فَفِي الفَصْلِ الأَوَّلِ المُسْتَثْنَى مِنْهُ ثِنْتَانِ فَيَقَعَانِ وَفِي الثَّانِي وَاحِدَةٌ،

للكل فكأنه قال: إلا ثلاثـًا، وهو الظاهر من قول أبي يوسف، وقد رُوي عنه أنه يقع واحدة، وهو قول زفر رحمه الله؛ لأنه لو قال: إلا واحدةً وواحدةً كان مستثنى للثنتين فكان صحيحـًا، وإنما بطل استثناء الثالثة فقط، كذا في «المبسوط».

وذكر في «زيادات المصنف» رحمه الله: أن استثناء الكل من الكل إنما لا يصح إذا كان تعين ذلك اللفظ، أي: بعين لفظ المستثنى منه، وأما إذا استثنى بغير ذلك اللفظ فيصح، وإن كان هو استثناء الكل من الكل من حيث المعنى، فإنه لو قال: كل نسائي طوالقُ إلا كل نسائي، لا يصح الاستثناء بل تطلق كلهن، ولو قال: كل نسائي طوالق إلا زينب، وعمرة، وبكرة، وفاطمة لا تطلق واحدة منهن، وإن كان هو استثناء الكل من الكل.

وكذلك لو قال: ثلث مالي لزيد إلا ثلث مالي، لا يصح الاستثناء، ولو قال: ثلث مالي لزيد إلا ألفـًا، وثلثُ ماله ألفٌ صح الاستثناء.

وذكر في «المحيط»، و«الذخيرة»: وذكر القدوري في «شرحه»: إذا أوقع أكثر من ثلاث، ثم استثنى كان الاستثناء من جملة الكلام لا من جملة الثلاث التي يحكم بوقوعها، نحو أن يقول: أنت طالق عشرًا إلا تسعـًا، وقعت واحدة فقد صحَّ الاستثناء في هذه الصورة، وإن كان هذا استثناءً للكل من الكل لفظـًا.

ورُوي عن محمد رحمه الله في «النوادر»: نسائي طوالق إلا فلانة وفلانة وفلانة، وليس له من النسوة سواهنَّ صح الاستثناء.

وفي «البقالي»: إذا قال: كل امرأة لي طالق إلا هذه، وليس له غيرها لم تطلق، ثم كما يصح الاستثناء من أصل الكلام يصح الاستثناء من الاستثناء، قال الله تعالى: ﴿إِلَّآ ءَالَ لُوطٍ إِنَّا لَمُنَجُّوهُمْ أَجْمَعِينَ ۝ إِلَّا ٱمْرَأَتَهُۥ﴾ [الحجر: ٥٩-٦٠]، استثنى آل لوط من جملة النَّاس، واستثنى امرأة لوط من آله.

بيانُ هذا إذا قال: لها أنت طالق ثلاثـًا إلا ثنتين إلا واحدة، يقع ثنتان، والأصل في جنس هذه المسائل أن المستثنى ثانيـًا يجعل مستثنى من الاستثناء الأوَّل وهو ثنتان، ثم ينظر إلى ما بقي

فَتَقَعُ وَاحِدَةٌ، وَلَوْ قَالَ: إِلَّا ثَلَاثًا يَقَعُ الثَّلَاثُ لِأَنَّهُ اسْتِثْنَاءُ الكُلِّ مِنَ الكُلِّ فَلَمْ يَصِحَّ الِاسْتِثْنَاءُ، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

من الاستثناء الأول فيجعل ذلك مستثنى من أصل الكلام.

وإذا ثبت هذا فنقول: الاستثناء الثانِي واحدة يجعل مستثنى من الأول وهو ثنتان، ثم ينظر إلى ما بقي من الاستثناء الأول وهو ثنتان بقي من الاستثناء الأول واحدة، فيجعل ذلك مستثنى من أصل الكلام وهو الثلاث، يبقى من أصل الكلام ثنتان فهي الواقع، فعُلم بهذا أن استثناء الكل من الكل إنما لا يصح إذا وقع استثناء الكل جملة.

أمَّا إذا استثنى جزءًا فجزءًا حتى أتى الكل فإنه يجوز؛ لما أن الاستثناء تصرف لفظي، فيصح فيما صحَّ فيه اللفظ، فلما استثنى الجزء عن الكل صح لفظًا فكذلك فيما بقي؛ إذ لو كان الاستثناء يتبع الحكم الشرعي لما صحَّ فيه قوله: أنت طالق عشرًا إلا تسعًا؛ لما أنه لا مزيد على الثلاث شرعًا، وهو صحيح بلا خلاف كما ذكرنا، والله تعالى أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

بَابُ طَلَاقِ المَرِيضِ

باب طلاق المريض

لمَّا فرغ من بيان طلاق الصحيح سنيًّا وبدعيًّا، تنجيزًا وتعليقـًا، صريحـًا وكنايةً، كلًّا وجزءًا، شرع في بيان طلاق المريض متعرِّضـًا لبعض ما ذكر؛ إذ المرض من العوارض السماوية فأخَّر بيانه عن بيان حكم من به الأصل وهو الصحة.

أصل الباب أن من أبان امرأته في مرض الموت من غير رضاها وهي ممَّن ترثه، ثم مات في عدتها ورثت، خلافـًا للشافعي، وإن مات بعد انقضاء العدة لم ترثه، خلافـًا لمالك وابن أبي لَيلى، كذا ذكره الإمام التمرتاشي.

قيَّد بالإبانة؛ لأن في الطلاق الرجعي إذا مات الزوج وهي في العدة ترث أيضـًا، لكن لا باعتبار الفرار، بل باعتبار أن حكم النكاح باق من كل وجه، وبمرض الموت؛ لأنه إذا طلقها بائنـًا في مرض ثم صحَّ ثم مات لا ترث، وبغير الرضاء؛ لأنه إذا كانت برضاها لا ترث، وبمن ترثه احترازًا عن الكتابية والأمة، فإنَّهما لا ترثان، وبالموت في العدة؛ لأنه إذا مات بعد انقضاء العدة لا ترث.

قلتُ: لم يذكر في أصل الباب هذا قيدًا آخر يجب ذكره؛ وهو أن يقول: إذا أبانت المرأة نفسها من الزوج وهي مريضة، فإن حكم الفرار كما يثبت من جانب الرجل يثبت من جانب المرأة أيضـًا، وهو أن المرأة إذا ارتدَّت والعياذ بالله وهي مريضة يثبت حكم الفرار في حقها؛ لأنه تعلق حق زوجها بمالها حين مرضت، فكانت بالردة قاصدةً إلى إبطال حقه فارَّةً عن ميراثه، فيردّ عليها قصدُها فيرثها زوجها، بخلاف ما إذا كانت صحيحة حين ارتدت؛ لأنها

(وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ طَلَاقًا بَائِنًا فَمَاتَ وَهِيَ فِي العِدَّةِ وَرِثَتْهُ،

بانت بنفس الردة، فلم تصير مُشرفة على الهلاك؛ لأنها لا تُقتل، بخلاف الرجل فلا يرثها زوجها؛ لأنها لم تكن فارةً، كذا في «المبسوط».

وذكر في «المبسوط» أيضـًا: إذا طلق المريض امرأته ثلاثـًا أو واحدة بائنة، ثم ماتَ وهي في العدة فلا ميراث لها منه في القياس، وهو أحد أقاويل الشافعي رحمه الله، وفي الاستحسان ترث منه وهو قولنا، وقال ابن أبي ليلى: وإن ماتَ بعد انقضاء عدتها ترث منه ما لم تتزوج بزوج آخر، وهو قول الشافعي رحمه الله، وقال مالك: وإن مات بعد ما تزوجت بزوج آخر فلها الميراث منه.

وجه القياس أن سبب الإرث انتهاء النكاح بالموت، ولم يوجد لارتفاعه بالتطليقات، والحكم لا يثبت بدون السبب كما لو طلقها قبل الدخول؛ ولأن استحقاق الميراث إمَّا بالسبب أو بالنسب وقد انعدم الأمران هاهُنا.

وهذا بخلاف ما إذا طلقها لا بسؤالها؛ لأن السبب وإن انقطع حقيقةً إلا أنا قضينا ببقاء السبب تصونـًا عن الإضرار بها، لتعلق حقها بماله في ابتداء مرضه.

ولكنَّا نقول: استحسنًا؛ لاتفاق الصحابة رضي الله عنهم، فقد رُوي عن إبراهيم أنه قال: «جاء عروة البارقي إلى شريح من عند عُمر رضي الله عنهم بخمس خصال منهن: إذا طلق المريض امرأته ثلاثـًا ورثته إذا ماتَ وهي في العدة».

وعن الشعبي رحمه الله: «أن أمّ البنين بنت عتيبة بن حصين كانت تحت عثمان بن عفان رضي الله عنها، ففارقها بعدما حوصر، فجاءت إلى عليّ رضي الله عنه بعدما قتل، فأخبرته بذلك فقال: تركها حتى إذا أشرف على الموت فارقها وورثها منه».

و: «أن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه طلق امرأته تماضر آخر التطليقات الثلاث في مرضه فورثها عثمان منه وقال: ما اتهمتُه ولكن أردت السنة»، والقياس يترك بإجماع الصحابة.

فإن قيل: لا إجماع، فقد قال ابن الزبير في حديث تماضر: «لو كان الأمر إليَّ لما ورثتها»، وقال عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه: «ما طلقتُها ضرارًا ولا فرارً».

وَإِنْ مَاتَ بَعْدَ انْقِضَاءِ العِدَّةِ فَلا مِيرَاثَ لَهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: لا تَرِثُ فِي الوَجْهَيْنِ لِأَنَّ الزَّوْجِيَّةَ قَدْ بَطَلَتْ بِهَذَا العَارِضِ وَهِيَ السَّبَبُ وَلِهَذَا لا يَرِثُهَا إِذَا مَاتَتْ، وَلَنَا أَنَّ الزَّوْجِيَّةَ سَبَبُ إِرْثِهَا فِي مَرَضِ مَوْتِهِ وَالزَّوْجُ قَصَدَ إِبْطَالَهُ فَيُرَدُّ عَلَيْهِ قَصْدُهُ بِتَأْخِيرِ عَمَلِهِ إِلَى زَمَانِ انْقِضَاءِ العِدَّةِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهَا، وَقَدْ أَمْكَنَ لِأَنَّ النِّكَاحَ فِي العِدَّةِ يَبْقَى فِي حَقِّ بَعْضِ الآثَارِ فَجَازَ أَنْ يَبْقَى فِي حَقِّ إِرْثِهَا عَنْهُ،

قلنا: معنى قول ابن الزبير رضي الله عنه: «ما ورثتها»، أي؛ لجهلي بوجه الاستحسان، فتبيَّن أنه كان يخفي عليه ما لم يخف على عثمان رضي الله عنه، وفي بعض الروايات أنها سألته الطلاق، فمعنى قوله: ما ورثتها؛ لأنَّها سألت الطلاق وبه نقول، ولكن توريث عثمان رضي الله عنه إيَّاها بعد سؤال الطلاق دليل على أنه كان يورثها قبله، وقد قيل: هي ما سألته الطلاق، ولكنه قال لها: إذا طهرت فآذنيني، فلما طهرت آذنته، وبهذا لا يسقط ميراثها.

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: لا تَرِثُ فِي الوَجْهَيْنِ، أي: في العدة وبعد انقضاء العدة، كما لو كان الطلاق برضاها أو قبل الدخول، أو مات بعد انقضاء العدة، وكما لو برأ ثم مات وهي في العدة، وكما لو ماتت المرأة لا ميراث له منها.

ولنا حديث عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه، وهو المعروف ولم ينكر عليه أحد، كذا في «الشامل».

قوله: فَيُرَدُّ عَلَيْهِ قَصْدُهُ بِتَأْخِيرِ عَمَلِهِ إِلَى زَمَانِ انْقِضَاءِ العِدَّةِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهَا، الباء في: بِتَأْخِيرِ، متعلق بقوله: فَيُرَدُّ، والباء للإلصاق، وقوله: دَفْعًا، مفعول له من فيرد، فإن الشارع لمَّا أخر عمل الطلاق إلى انقضاء العدة في كثير من الأحكام من حرمة التزوج، وحرمة الخروج، والبروز، وحرمة نكاح الأخت والرابعة سواها وغيرها، صلح ذلك التأخير في تأخير عمل الطلاق في حق الإرث أيضـًا، فصار كأنه لم يطلقها، كما هي كذلك في حق تلك الأحكام، أي: فيرد على هذا المريض المطلق قصد حرمانها عن الإرث باستعانة تأخير عمل الطلاق إلى انقضاء العدة لأجل دفع الضرر عن المرأة.

بِخِلَافِ مَا بَعْدَ الِانْقِضَاءِ لِأَنَّهُ لا إِمْكَانَ، وَالزَّوْجِيَّةُ فِي هَذِهِ الحَالَةِ لَيْسَتْ بِسَبَبٍ لِإِرْثِهِ عَنْهَا فَتَبْطُلُ فِي حَقِّهِ خُصُوصًا إِذَا رَضِيَ بِهِ.

(وَإِنْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا بِأَمْرِهَا أَوْ قَالَ لَهَا اخْتَارِي فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا أَوِ اخْتَلَعَتْ مِنْهُ

وبهذا خرج الجواب عن السؤال الوارد في **قوله**: دَفْعًا لِلضَّرَرِ، بأن قيل: لمَّا كانت العلة دفع الضرر عن المرأة التي تعلق حقها بماله في ابتداء مرضه، لوجب التوريث في حق غير المدخول بها أيضاً إذا طلقها بغير سؤالها؛ لما أن حرمان الإرث في حقها ضرر أيضاً.

لأنا نقول: إنما نقول ببقاء النكاح حكماً عند الإمكان ببقائه حكماً، وذلك الإمكانُ عند بقاء العدة حتى إذا انقضت عدَّةُ المعتدة لا نقول ببقاء النكاح حكماً أيضاً، ولا عدة على غير المدخول بها، فلم يمكن الحكم بالبقاء لذلك فلم يثبت التوريث وإن تحقق الضرر.

أو نقول: طلب دفع الضرر هنا، أي: في المدخولة أمسُّ من دفع الضرر في غير المدخولة؛ لما أن هذه المعتدة لا يمكنها اكتساب السبب، أي: سبب إدرار النفقة بواسطة التزوج، ولا كذلك ثمَّة، فلم يلزم من لزوم دفع الضرر هنا لزوم دفعه هناك.

وحاصله أنا نجعل البينونة الموجودة كالعدم، صيانة لحقِّها ودفعاً للظلم، كما جعل الشرع القرابة الموجودة في حكم العدم بسبب القتل دفعاً للظلم.

قوله: وَالزَّوْجِيَّةُ فِي هَذِهِ الحَالَةِ، هذا جواب عن حرف الخصم وهو **قوله**: وَلِهَذَا لا يَرِثُهَا إِذَا مَاتَتْ، يعني أن الزوج إذا كان مريضاً لا يتعلق للزوج حق في مال المرأة؛ لأن المرأة صحيحةٌ فلا يرث الزوج إذا ماتت؛ إمَّا لأنه لم يتعلق حقه بمالها، أو لأنه لمَّا طلقها صار راضياً بحرمان إرثه عنها، كما إذا طلقها بسؤالها لا ترث المرأة، وأمَّا الزوج فيما نحن بصدده فظالم، فجاز أن يتعلق حق المرأة بماله، فلا تحرم عن ميراثه ردًّا لقصده.

قوله: فَتَبْطُلُ فِي حَقِّهِ، بالنصب؛ لأنه جواب النفي.

قوله: وَإِنْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا بِأَمْرِهَا، إلى آخره، أي: وإذا طلقها بسؤالها فلا ميراث لها.

وكذلك إذا وقعت الفرقة بمعنى من قبلها فلا ميراث لها؛ لأنا إنما بقينا النكاح في حق

ثُمَّ مَاتَ وَهِيَ فِي العِدَّةِ لَمْ تَرِثْهُ) لِأَنَّهَا رَضِيَتْ بِإِبْطَالِ حَقِّهَا وَالتَّأْخِيرُ لِحَقِّهَا، وَإِنْ قَالَتْ طَلِّقْنِي لِلرَّجْعَةِ فَطَلَّقَهَا ثَلَاثًا وَرِثَتْهُ لِأَنَّ الطَّلَاقَ الرَّجْعِيَّ لا يُزِيلُ النِّكَاحَ فَلَمْ تَكُنْ بِسُؤَالِهَا رَاضِيَةً بِبُطْلَانِ حَقِّهَا.

(وَإِنْ قَالَ لَهَا فِي مَرَضِ مَوْتِهِ كُنْتُ طَلَّقْتُكِ ثَلَاثًا فِي صِحَّتِي وَانْقَضَتْ عِدَّتُكِ فَصَدَّقَتْهُ،

الإرث مع وجود القاطع صيانةً لحقها، وقد رضيت ببطلان حقها بسؤال الطلاق، وبمباشرتها بسبب الفرقة، فعمل القاطع عمله.

وعن هذا قلنا: أن امرأة العنين إذا اختارت نفسها في مرض الموت فلا ميراث لها، وإذا جامعها ابن المريض مُكرهةً لم ترث؛ لأن الفرقة غير مضافٍ إلى الزوج، وبقاء الإرث بعد الفرقة بسبب الفرار وذلك عند إضافة الفعل إليه، فإذا لم يوجد لا يبقى الميراث.

قال: إلا أن يكون الأب أمرَ الابن بذلك؛ لأنه ينتقل فعل الابن إلى الأب في حق الفرقة، فصار كأن الأبَ باشر بنفسه للفرقة فيصير فارًّا.

وفي «فتاوى أبي الليث»: إذا قالت لزوجها: طلقني فطلقها ثلاثـًا، ثم مات وهي في العدة ورثت استحسانًا؛ لأنها سألت الواحدة وهو طلقها ثلاثـًا بغير رضاها، كذا في «المحيط».

قوله: ثُمَّ مَاتَ وَهِيَ فِي العِدَّةِ لَمْ تَرِثْهُ، وكذلك إذا كانت المرأة أمة أو كتابية حين أبانها في مرضه، ثم عتقت الأمة وأسلمت الكتابية، فلا ميراث لها وإن مات وهي في العدة؛ لأنه لم يكن فارًّا من ميراثها يوم طلقها؛ إذ لم يتعلق حقها بماله بالمرض، فلو ورثت كانَ فيه إقامة العدة مقام النكاح في ابتداء الاستحقاق بعد العتق والإسلام، وذلك غير ما اتفق عليه الصحابة فلا يمكن إثباته بالرأي، كذا في «المبسوط».

قوله: وَالتَّأْخِيرُ لِحَقِّهَا، أي: تأخير عمل الطلاق لأجل حق المرأة، فإذا رضيت بسقوط حقها بالخلع لا حاجة إلى تأخير عمل الطلاق إلى انقضاء العدة في حق التوريث.

قوله: وَإِنْ قَالَ لَهَا فِي مَرَضِ مَوْتِهِ، إلى آخره، فعند أبي حنيفة رحمه الله في هذه المسألة

ثُمَّ أَقَرَّ لَهَا بِدَيْنٍ أَوْ أَوْصَى لَهَا بِوَصِيَّةٍ فَلَهَا الأَقَلُّ مِنْ ذَلِكَ وَمِنَ المِيرَاثِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ: يَجُوزُ إِقْرَارُهُ وَوَصِيَّتُهُ، وَإِنْ طَلَّقَهَا ثَلاثًا فِي مَرَضِهِ بِأَمْرِهَا ثُمَّ أَقَرَّ لَهَا بِدَيْنٍ أَوْ أَوْصَى لَهَا بِوَصِيَّةٍ فَلَهَا الأَقَلُّ مِنْ ذَلِكَ وَمِنَ المِيرَاثِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) إِلَّا عَلَى قَوْلِ زُفَرَ - رَحِمَهُ اللهُ - فَإِنَّ لَهَا جَمِيعَ مَا أَوْصَى وَمَا أَقَرَّ بِهِ، لِأَنَّ المِيرَاثَ لَمَّا بَطَلَ بِسُؤَالِهَا زَالَ المَانِعُ مِنْ صِحَّةِ الإِقْرَارِ وَالوَصِيَّةِ، وَجْهُ قَوْلِهِمَا فِي المَسْأَلَةِ الأُولَى أَنَّهُمَا لَمَّا تَصَادَقَا عَلَى الطَّلَاقِ وَانْقِضَاءِ العِدَّةِ صَارَتْ أَجْنَبِيَّةً عَنْهُ حَتَّى جَازَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُخْتَهَا فَانْعَدَمَتِ التُّهَمَةُ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَهَا وَيَجُوزُ وَضْعُ الزَّكَاةِ فِيهَا، بِخِلَافِ المَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ لِأَنَّ العِدَّةَ بَاقِيَةٌ وَهِيَ سَبَبُ التُّهَمَةِ، وَالحُكْمُ يُدَارُ عَلَى دَلِيلِ التُّهَمَةِ وَلِهَذَا يُدَارُ عَلَى النِّكَاحِ وَالقَرَابَةِ، وَلَا عِدَّةَ فِي المَسْأَلَةِ الأُولَى، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ

والمسألة التي تجيء بعدها يجب الأقل، وقول زفر في مقابلته يجب فيهما بالغًا ما بلغ، وعندهما في المسألة الأولى يجب بالغًا ما بلغ، وفي الثانية يجب الأقل وهو سبب التهمة، والحكم يُدار على دليل التهمة ولهذا يُدار على النكاح والقرابة، ولا عدة في المسألة الأولى.

قوله: وَهِيَ - أي: العدة - سَبَبُ التُّهَمَةِ، أي: سبب إيثار الزوج الزوجة على سائر الورثة بزيادة نصيبٍ لها كما في حقيقة الزوجيَّة.

قوله: وَالحُكْمُ - أي عدم صحة الإقرار والوصية - يُدَارُ عَلَى دَلِيلِ التُّهَمَةِ - كالعدة والنكاح والقرابة - وَلِهَذَا يُدَارُ - أي: الحكم الذي ذكرنا وهو عدم صحة الإقرار والوصية - عَلَى النِّكَاحِ وَالقَرَابَةِ، أي: لا يجوز وصيته ولا إقراره لمنكوحته وقريبه لهذا المعنى، وهو أن الحكم دائر مع دليل التهمة، فالنكاح والعدة والقرابة دليل التهمة.

وتلخيص هذا الكلام هو أن في إقراره ووصيته لمنكوحته بعد الطلاق تهمة المواضعة؛

اللهُ - فِي المَسْأَلَتَيْنِ أَنَّ التُّهْمَةَ قَائِمَةٌ لِأَنَّ المَرْأَةَ قَدْ تَخْتَارُ الطَّلَاقَ لِيَنْفَتِحَ بَابُ الإِقْرَارِ وَالوَصِيَّةِ عَلَيْهَا فَيَزِيدُ حَقُّهَا، وَالزَّوْجَانِ قَدْ يَتَوَاضَعَانِ عَلَى الإِقْرَارِ بِالفُرْقَةِ وَانْقِضَاءِ العِدَّةِ لِيَبَرَّهَا الزَّوْجُ بِمَالِهِ زِيَادَةً عَلَى مِيرَاثِهَا وَهَذِهِ التُّهْمَةُ فِي الزِّيَادَةِ فَرَدَدْنَاهَا، وَلَا تُهْمَةَ فِي قَدْرِ المِيرَاثِ فَصَحَّحْنَاهُ، وَلَا مُوَاضَعَةَ عَادَةً فِي حَقِّ الزَّكَاةِ وَالتَّزَوُّجِ وَالشَّهَادَةِ، فَلَا تُهْمَةَ فِي حَقِّ هَذِهِ الأَحْكَامِ.

فإن الإنسان قد يختار الطلاق لينفتح باب الوصية والإقرار له ولكن التهمة أمرٌ مبطن، فلذلك أدار الشرعُ حكم التهمة مع دليل التهمة، ولم تعتبر التهمة عند عدم دليلها، ألا ترى أنه أدارَ حكم التهمة وهو عدم قبول الوصية والإقرار مع النكاح والقرابة، حيث لم تجوز الوصية والإقرار لمنكوحته ولقريبه بالإجماع؛ فلذلك لم يعتبر أيضاً الوصية والإقرار بمعتدته.

وأمَّا المرأة التي تصادق الزوجان على أن عدتها قد انقضت فليس فيه دليل التهمة، فلذلك اعتبرنا صحة إقراره ووصيته لها، لكونها أجنبية كسائر الأجنبيات.

يوضحه أنه لو اعتبرت التهمة هنا لاعتبرت في حق التزوج؛ لما أن الحل والحرمة يؤخذ فيهما بالاحتياط، وإذا كان يجوز له أن يتزوج أختها وأربعاً سواها، ويجوز لها أن تتزوج بزوج آخر، عرفنا أنه لا تُهمة فيه أصلًا، وأبو حنيفة رحمه الله يقول: لمَّا مرض والنكاحُ قائمٌ بينهما في الظاهر، فقد صار ممنوعاً من الإقرار والوصية لها.

ويحتمل تهمة المواضعة، إلى آخره، ولكن هذه التهمة فيما بينهما وبين سائر الورثة لا في حق الشرع، وحل التزوج حق الشرع؛ فلهذا صُدِّقا في ذلك، كذا في «المبسوط» و«الجامع الصغير» لفخر الإسلام.

قال بكر رحمه الله: ما تأخذه تأخذه بطريق الميراث لا بطريق الدين، وفائدته تظهر أنه لو نوى شيء من التركة قبل القسمة، فالتوى على الكل، ولو كان ما تأخذه تأخذه بطريق الدين لكان التوى على الورثة مادام شيء من التركة قائماً، وكذا لو طلبت أن تأخذ دنانير والتركة عروض ليس لها ذلك، ولو كان ما تأخذه تأخذه ديناً لكان لها ذلك، ولو أرادت أن

قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: (وَمَنْ كَانَ مَحْصُورًا أَوْ فِي صَفِّ الْقِتَالِ فَطَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا لَمْ تَرِثْهُ، وَإِنْ كَانَ قَدْ بَارَزَ رَجُلًا أَوْ قُدِّمَ لِيُقْتَلَ فِي قِصَاصٍ أَوْ رَجْمٍ وَرِثَتْ إِنْ مَاتَ فِي ذَلِكَ الْوَجْهِ أَوْ قُتِلَ) وَأَصْلُهُ مَا بَيَّنَّا أَنَّ امْرَأَةَ الْفَارِّ تَرِثُ اسْتِحْسَانًا، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ حُكْمُ الْفِرَارِ بِتَعَلُّقِ حَقِّهَا بِمَالِهِ، وَإِنَّمَا يَتَعَلَّقُ بِمَرَضٍ يُخَافُ مِنْهُ الْهَلَاكُ غَالِبًا كَمَا إذَا كَانَ صَاحِبَ الْفِرَاشِ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ بِحَالٍ لَا يَقُومُ بِحَوَائِجِهِ كَمَا يَعْتَادُهُ الْأَصِحَّاءُ، وَقَدْ يَثْبُتُ حُكْمُ الْفِرَارِ بِمَا هُوَ فِي مَعْنَى الْمَرَضِ فِي تَوَجُّهِ الْهَلَاكِ الْغَالِبِ، وَمَا يَكُونُ الْغَالِبُ مِنْهُ السَّلَامَةَ لَا يَثْبُتُ بِهِ حُكْمُ الْفِرَارِ.

فَالْمَحْصُورُ وَالَّذِي فِي صَفِّ الْقِتَالِ الْغَالِبُ مِنْهُ السَّلَامَةُ لِأَنَّ الْحِصْنَ لِدَفْعِ بَأْسِ الْعَدُوِّ وَكَذَا الْمَنَعَةُ فَلَا يَثْبُتُ بِهِ حُكْمُ الْفِرَارِ، وَالَّذِي بَارَزَ أَوْ قُدِّمَ لِيُقْتَلَ الْغَالِبُ مِنْهُ الْهَلَاكُ فَيَتَحَقَّقُ بِهِ الْفِرَارُ،

تأخذ من عين التركة ولا يعطيها الورثة ليس لها ذلك، ويعامل فيه بناء على زعمها؛ لأن في زعمها أنَّ ما تأخذه تأخذه بطريق الدين، فالحاصل أن الشرع رجَّح جانب الورثة إن اختاروا أن يعطوها من عين التركة فلهم ذلك، وإن اختاروا أن يعطوها من غير التركة فلهم ذلك، كذا ذكره الإمام التمرتاشي.

قوله: وَقَدْ يَثْبُتُ حُكْمُ الْفِرَارِ بِمَا هُوَ فِي مَعْنَى الْمَرَضِ، إلى آخره، فأثبت بهذا أن حكم الفرار غير منحصر بالمرض، بل كل شيء يقربه إلى الهلاك غالباً، فهو في معنى مرض الموت، وما لا فلا.

وفي «المبسوط»: والحاصل أن المريض مشرف على الهلاك، وكل سبب يعترض ممَّا يكون الغالب فيه الهلاك فهو بمنزلة المرض، وما يكون الغالبُ فيه السلامة وقد يخاف الهلاك منه أيضاً لا يجعل بمنزلة المرض.

وَلِهَذَا أَخَوَاتٌ تَخْرُجُ عَلَى هَذَا الحَرْفِ، وَقَوْلُهُ إذَا مَاتَ فِي ذَلِكَ الوَجْهِ أَوْ قُتِلَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ لا فَرْقَ بَيْنَ مَا إذَا مَاتَ بِذَلِكَ السَّبَبِ أَوْ بِسَبَبٍ آخَرَ كَصَاحِبِ الفِرَاشِ بِسَبَبِ المَرَضِ إذَا قُتِلَ.

(وَإِذَا قَالَ الرَّجُلُ لِامْرَأَتِهِ وَهُوَ صَحِيحٌ إذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ أَوْ إذَا دَخَلْتِ الدَّارَ أَوْ إذَا صَلَّى فُلَانٌ الظُّهْرَ أَوْ إذَا دَخَلَ فُلَانٌ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَكَانَتْ هَذِهِ الأَشْيَاءُ وَالزَّوْجُ

قوله: وَلِهَذَا أَخَوَاتٌ تَخْرُجُ عَلَى هَذَا الحَرْفِ، منها راكب السفينة بمنزلة الصحيح، فإن تلاطمت الأمواج وخيف الغرق فهو بمنزلة المريض في هذه الحالة، والمرأة الحامل كالصحيحة، فإذا أخذها الطلق فهي كالمريضة، والمقعد والمفلوج مادام يزداد ما به فهو كالمريض، فإن صار قديماً لا يزداد كان بمنزلة الصحيح في الطلاق وغيره؛ لأنه مادام يزداد في علته فالغالب أن آخره الموت، وإذا صار بحال لا يزداد ولا يخاف منه كان بمنزلة الصحيح، كذا في «المبسوط».

قوله: وَقَوْلُهُ إذَا مَاتَ فِي ذَلِكَ الوَجْهِ أَوْ قُتِلَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ لا فَرْقَ، إلى آخره، وإذا طلقها في مرضه ثم قُتل أو مات من غير ذلك المرض غير أنه لم يصح فلها الميراث، وكان عيسى ابن أبان رحمه الله يقول: لا ميراث لها؛ لأن مرض الموت ما يكون سبباً للموت، ولمَّا فات بسبب آخر علمنا أنه لم يكن مرضه مرض الموت، وإن حقها لم يكن متعلقاً بماله يومئذ، فهو كما لو طلقها في صحته.

ولكنا نقول: قد اتصل الموت بمرضه حين لم يصح حتى مات، وقد يكون للموت سببان، فلا يتبيَّن بهذا أن مرضُه لم يكن مرض الموت، وأن حقها لم يكن ثابتاً في ماله، وقد بيَّنا أن إرثها عنه بحكم الفرار وهو متحقق هاهُنا، كذا في «المبسوط».

قوله: وَإِذَا قَالَ الرَّجُلُ لِامْرَأَتِهِ وَهُوَ صَحِيحٌ، إلى **قوله:** فَأَنْتِ طَالِقٌ، أي: فأنت طالق بائن؛ لأن حكم الفرار إنما يُعطى له إذا كان الطلاقُ بائناً على ما ذكرنا.

قوله: فَكَانَتْ هَذِهِ الأَشْيَاءُ، كان هذه تامة، أي: ووجدت هذه الأشياء.

مَرِيضٌ لَمْ تَرِثْ، وَإِنْ كَانَ القَوْلُ فِي المَرَضِ وَرِثَتْ إِلَّا فِي قَوْلِهِ إِذَا دَخَلْتِ الدَّارَ) وَهَذَا عَلَى وُجُوهٍ: إِمَّا أَنْ يُعَلِّقَ الطَّلَاقَ بِمَجِيءِ الوَقْتِ أَوْ بِفِعْلِ الأَجْنَبِيِّ أَوْ بِفِعْلِ نَفْسِهِ أَوْ بِفِعْلِ المَرْأَةِ، وَكُلُّ وَجْهٍ عَلَى وَجْهَيْنِ: إِمَّا إِنْ كَانَ التَّعْلِيقُ فِي الصِّحَّةِ وَالشَّرْطُ فِي المَرَضِ أَوْ كِلَاهُمَا فِي المَرَضِ، أَمَّا الوَجْهَانِ الأَوَّلَانِ وَهُوَ مَا إِذَا كَانَ التَّعْلِيقُ بِمَجِيءِ الوَقْتِ بِأَنْ قَالَ إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ فَأَنْتِ طَالِقٌ أَوْ بِفِعْلِ الأَجْنَبِيِّ بِأَنْ قَالَ إِذَا دَخَلَ فُلَانٌ الدَّارَ أَوْ صَلَّى فُلَانٌ الظُّهْرَ، فَإِنْ كَانَ التَّعْلِيقُ وَالشَّرْطُ فِي المَرَضِ فَلَهَا المِيرَاثُ لِأَنَّ القَصْدَ إِلَى الفِرَارِ قَدْ تَحَقَّقَ مِنْهُ بِمُبَاشَرَةِ التَّعْلِيقِ فِي حَالِ تَعَلُّقِ حَقِّهَا بِمَالِهِ، وَإِنْ كَانَ التَّعْلِيقُ فِي الصِّحَّةِ وَالشَّرْطُ فِي المَرَضِ لَمْ تَرِثْ، وَقَالَ

قوله: إِلَّا فِي قَوْلِهِ إِذَا دَخَلْتِ الدَّارَ، أي: إلا في فصل واحدٍ، وهو ما إذا كان التعليق بفعلها الذي لها منه بدٌّ فإنه لا يصير فارًّا.

قوله: وَلَنَا أَنَّ التَّعْلِيقَ السَّابِقَ يَصِيرُ تَطْلِيقًا عِنْدَ الشَّرْطِ حُكْمًا لَا قَصْدًا، يظهر ذلك بمسألتين:

إحداهما: أنه لو علق طلاق امرأته بالشرط، ثم وجد الشرط وهو مجنون فإنه يقع الطلاق، مع أن طلاق المجنون غير واقع، عُلم أن التطليق هنا غير حقيقي.

والثانية: أن الرجل إذا علق طلاق امرأته بشرط، ثم حلف أن لا يطلق امرأته ثم وجد الشرط لا يحنث، فلو كان وجود الشرط بمنزلة التطليق حقيقة لحَنِثَ؛ ولأنه لم يوجد منه صنع بعد التعليق في حالة الصحة في حق وجود الشرط، ولا كان متمكناً من المَنع؛ لأن ما كان يقدر على إبطال التعليق ولا على منع الأجنبي من إيجاد الشرط فلا يكون ظالماً، فلم يترتب عليه ما ترتب على الفار الظالم.

ولأنا إن نظرنا إلى التعليق فحقها لم يكن متعلقاً بماله وقت التعليق، وإن نظرنا إلى الشرط فلا صنع للزوج فلا يكون فارًّا.

زُفَرُ - رَحِمَهُ اللهُ - تَرِثُ لِأَنَّ المُعَلَّقَ بِالشَّرْطِ يَنْزِلُ عِنْدَ وُجُودِ الشَّرْطِ كَالمُنْجَزِ فَكَانَ إِيقَاعًا فِي المَرَضِ، وَلَنَا أَنَّ التَّعْلِيقَ السَّابِقَ يَصِيرُ تَطْلِيقًا عِنْدَ الشَّرْطِ حُكْمًا لا قَصْدًا وَلا ظُلْمَ إِلَّا عَنْ قَصْدٍ فَلا يُرَدُّ تَصَرُّفُهُ، وَأَمَّا الوَجْهُ الثَّالِثُ وَهُوَ مَا إِذَا عَلَّقَهُ بِفِعْلِ نَفْسِهِ فَسَوَاءٌ كَانَ التَّعْلِيقُ فِي الصِّحَّةِ وَالشَّرْطُ فِي المَرَضِ أَوْ كَانَا فِي المَرَضِ وَالفِعْلُ مِمَّا لَهُ مِنْهُ بُدٌّ أَوْ لا بُدَّ لَهُ مِنْهُ يَصِيرُ فَارًّا لِوُجُودِ قَصْدِ الإِبْطَالِ، إِمَّا بِالتَّعْلِيقِ أَوْ بِمُبَاشَرَةِ الشَّرْطِ فِي المَرَضِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مِنْ فِعْلِ الشَّرْطِ بُدٌّ فَلَهُ مِنَ التَّعْلِيقِ أَلفُ بُدٍّ فَيُرَدُّ تَصَرُّفُهُ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهَا، وَأَمَّا الوَجْهُ الرَّابِعُ وَهُوَ مَا إِذَا عَلَّقَهُ بِفِعْلِهَا، فَإِنْ كَانَ التَّعْلِيقُ وَالشَّرْطُ فِي المَرَضِ وَالفِعْلُ مِمَّا لَهَا مِنْهُ بُدٌّ كَكَلَامِ زَيْدٍ وَنَحْوِهِ لَمْ تَرِثْ لِأَنَّهَا رَاضِيَةٌ بِذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ الفِعْلُ مِمَّا لا بُدَّ لَهَا مِنْهُ كَأَكْلِ الطَّعَامِ وَصَلَاةِ

قوله: أَوْ لا بُدَّ لَهُ مِنْهُ يَصِيرُ فَارًّا، فإن قيل: ينبغي أن لا يصير فارًّا في التعليق بالفعل الذي لا بدَّ له منه إذا كان التعليق في الصحة؛ لأن الفعل إذا كان ممَّا لا بدَّ له منه يصير مضطرًّا في مباشرة ذلك الفعل، فلا يصير الفعل ظلماً فلا يرث.

قلنا: الاضطرار في جانب الفاعل لا ينفي وجوب الضمان عنه، كمن اضطرَّ إلى أكل مال الغير، أو إلى قتل الجمل الصائل، أو أتلف مال غيره نائماً أو مخطئاً، أو لحاجته إلى سدِّ رَمقه واستبقاء مَهْجته، فإنه يضمن وإن لم يوصف فعله بالظلم؛ لما أن بقاء عصمته للغير يكفي لإيجاب الضمان، فكذلك هاهُنا.

قوله: لَمْ تَرِثْ لِأَنَّهَا رَاضِيَةٌ بِذَلِكَ، فصار كأنه طلقها بسؤالها؛ لما أن الرضا بالشرط رضا بالمشروط.

فإن قيل: لا كذلك فإن أحد الشريكين في العبد إذا قال لصاحبه: إن ضربته فهو حرٌّ، فضربه يعتق وللضارب ولاية تضمين الحالف، مع أن الضارب ضربه باختياره، فلم يجعل

الظُّهرِ وَكَلَامِ الأَبَوَيْنِ تَرِثُ لِأَنَّهَا مُضْطَرَّةٌ فِي المُبَاشَرَةِ لِمَا لَهَا فِي الِامْتِنَاعِ مِنْ خَوْفِ الهَلَاكِ فِي الدُّنْيَا أَوْ فِي العُقْبَى وَلا رِضًا مَعَ الِاضْطِرَارِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ التَّعْلِيقُ فِي الصِّحَّةِ وَالشَّرْطُ فِي المَرَضِ، فَإِنْ كَانَ الفِعْلُ مِمَّا لَهَا مِنْهُ بُدٌّ فَلَا إِشْكَالَ أَنَّهُ لا مِيرَاثَ لَهَا، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لا بُدَّ لَهَا مِنْهُ فَكَذَلِكَ الجَوَابُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ -

ذلك منه رضا بعتقه.

قلنا: الرضا بالشرط يكون رضا بالمشروط إذا كان إقدام الشرط باختياره ورضاه، وأمَّا إذا كان مجبورًا فلا، كما في الشق الثاني من الفعل الذي لا بُدَّ لها منه كأكل الطعام، وصلاة الظهر على ما ذكر في الكتاب، والذي ذكرتُه من مسألة الإعتاق من قبيل ذلك، فإن تلك المسألة موضوعةٌ في كتاب العتاق فيما إذا كان قال أحد الشريكين: إن لم أضرب هذا العبد اليومَ فهو حرٌّ، فقال له شريكه: إن ضربتَه سوطًا فهو حرٌّ، فضربه، قال: للضارب تضمين الحالف، وهو مضطر إلى اكتساب هذا الشرط، واضطرارُه من حيث أنه لا يقع العتق في نصيبه، وفعل الشرط بطريق الاضطرار لا يدل على رضاه بالمشروط، ولا كذلك في مسألتنا فكانت راضية بالمشروط؛ لأنها أقدمته باختيارها، إلى هذا أشار في «الفوائد الظهيرية».

أو نقول: أن حكم الفرار حكم يثبت على خلاف القياس بشبهة العدوان، لما ذكرنا في أول الباب، فكذلك ينتفي حكمه أيضًا بشبهة الرضا، ولا كذلك حكم الضمان، وقد وجد هنا شبهة رضا المرأة فكفى ذلك لنفي حكم الفرار.

قوله: فِي الدُّنْيَا، راجع إلى أكل الطعام.

قوله: أَوْ فِي العُقْبَى، راجعٌ إلى صلاة الظهر، خصَّ في النظير صلاة الظهر وإن كان جميع المكتوبات فيه سواءً؛ لأنها أول صلاة فرضت على النبي صلى الله عليه وسلَّم، فكان الفهم في النظير إلى الأول أسبق.

قوله: فَكَذَلِكَ الجَوَابُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ، أي: لا ترث المرأة؛ لأنه حين علق الزوجُ الطلاقَ لم يكن لها في ماله حق، فلا يتهمُ بالقصد إلى الفرار، ولم يوجد بعد ذلك منه

وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ مِنَ الزَّوْجِ صُنْعٌ بَعْدَمَا تَعَلَّقَ حَقُّهَا بِمَالِهِ، وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ تَرِثُ لِأَنَّ الزَّوْجَ الجَأَهَا إِلَى المُبَاشَرَةِ فَيَنْتَقِلُ الفِعْلُ إِلَيْهِ كَأَنَّهَا آلَةٌ لَهُ كَمَا فِي الإِكْرَاهِ.

قَالَ: (وَإِذَا طَلَّقَهَا ثَلَاثًا وَهُوَ مَرِيضٌ ثُمَّ صَحَّ ثُمَّ مَاتَ لَمْ تَرِثْ) وَقَالَ زُفَرُ رَحْمَةُ اللهِ تَعَالَى عَلَيْهِ: تَرِثُ لِأَنَّهُ قَصَدَ الفِرَارَ حِينَ أَوْقَعَ فِي المَرَضِ وَقَدْ مَاتَ وَهِيَ فِي العِدَّةِ، وَلَكِنَّا نَقُولُ: المَرَضُ إِذَا تَعَقَّبَهُ بُرْءٌ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الصِّحَّةِ لِأَنَّهُ يَنْعَدِمُ بِهِ مَرَضُ المَوْتِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ لا حَقَّ لَهَا يَتَعَلَّقُ بِمَالِهِ فَلَا يَصِيرُ الزَّوْجُ فَارًّا.

(وَلَوْ طَلَّقَهَا فَارْتَدَّتْ وَالعِيَاذُ بِاللهِ ثُمَّ أَسْلَمَتْ ثُمَّ مَاتَ الزَّوْجُ مِنْ مَرَضِهِ،

صنع، وأكثر ما في الباب أن ينعدم رضاها أو فعلها باعتبار أنَّها لا تجد منه بدًّا، فيكون هذا كالتعليق بفعل حسيٍّ أو بمجيء رأس الشهر، وقد بيَّنا أنه هناك لا ترث إذا كان التعليق في الصحة، فكذلك هاهُنا؛ لما أن الزوج لم يباشر العلة في مرضه ولا الشرط فلا يكون فارًّا.

وهما يقولان: أنها مكرهةٌ من قبل الزوج؛ لأن حد المكره أن يكون مضطرًّا بين شرين والمرأة كذلك؛ لأنها لو باشرت الشرط تتضرر بوقوع الطلاق، وإن امتنعت تعاقب في دار الآخرة، وهذا الاضطرارُ جاء من قبل الزوج، فكانت مكرهةً فيضاف فعلها إليه، كمن أكره إنسانـًا على إتلاف مال نفسه؛ وهذا لأن الإكراه كما يقع بخوف تلف عاجل، فكذلك يقع بالتفسيق، ألا ترى أن فعل القاضي في باب القضاء بالشهادة منقول إلى الشاهد، حتى يكون الضمان عليهم إذا رجعوا؛ لأن القاضي يصير ملجأ إليه بشهادتهم؛ لأنه تفسيق لو لم يقض بها، إلى هذا أشار في «المبسوط»، و«الأسرار»، و«الجامع الصغير» لقاضي خان.

وذكر في «مبسوط فخر الإسلام» في هذه المسألة: الصحيح ما قاله محمد رحمه الله.

قوله: وَلَوْ طَلَّقَهَا فَارْتَدَّتْ، أي: طلقها ثلاثـًا أو بائنـًا، فإنه إن لم يظهر أثر الثلاث والبينونة في الارتداد، يظهر فيما ذكره بمقابلته من مسألة المطاوعة، فإنها إنما ترث في المطاوعة

وَهِيَ فِي العِدَّةِ لَمْ تَرِثْ، وَإِنْ لَمْ تَرْتَدَّ بَلْ طَاوَعَتْ ابْنَ زَوْجِهَا فِي الجِمَاعِ وَرِثَتْ) وَوَجْهُ الفَرْقِ أَنَّهَا بِالرِّدَّةِ أَبْطَلَتْ أَهْلِيَّةَ الإِرْثِ إِذِ المُرْتَدُّ لا يَرِثُ أَحَدًا وَلا بَقَاءَ لَهُ بِدُونِ الأَهْلِيَّةِ، وَبِالمُطَاوَعَةِ مَا أَبْطَلَتِ الأَهْلِيَّةَ لِأَنَّ المَحْرَمِيَّةَ لا تُنَافِي الإِرْثَ وَهُوَ البَاقِي، بِخِلَافِ مَا إِذَا طَاوَعَتْ فِي حَالِ قِيَامِ النِّكَاحِ لِأَنَّهَا تُثْبِتُ الفُرْقَةَ فَتَكُونُ رَاضِيَةً بِبُطْلَانِ السَّبَبِ، وَبَعْدَ الطَّلَقَاتِ الثَّلَاثِ لا تَثْبُتُ الحُرْمَةُ بِالمُطَاوَعَةِ لِتَقَدُّمِهَا عَلَيْهَا فَافْتَرَقَا.

(وَمَنْ قَذَفَ امْرَأَتَهُ وَهُوَ صَحِيحٌ وَلاعَنَ فِي المَرَضِ وَرِثَتْ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ - لا تَرِثُ، وَإِنْ كَانَ القَذْفُ فِي المَرَضِ وَرِثَتْهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) وَهَذَا مُلْحَقٌ

بعد الطلاق البائن.

وأمَّا إذا طاوعت ابن زوجها حال قيام النكاح أو بعد الطلاق الرجعي، فلا ترث لوقوع الفرقة بالمطاوعة.

قوله: وَهِيَ فِي العِدَّةِ لَمْ تَرِثْ، بخلاف النفقة، فإنَّها بالردة تسقط ثم بالإسلام تعود؛ لأنها معتدة، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قوله: إِذِ المُرْتَدُّ لا يَرِثُ أَحَدًا؛ لأن الإرث ولاية لنفوذه على المورث وعلى سائر الورثة شاءُوا أو أبَوْا، وبالارتداد تنقطع الولاية.

قوله: لِأَنَّ المَحْرَمِيَّةَ لا تُنَافِي الإِرْثَ، بل تنافي النكاح كما في الأم والأخت.

قوله: وَهُوَ البَاقِي، أي: الإرث.

قوله: فَتَكُونُ رَاضِيَةً بِبُطْلَانِ السَّبَبِ، أي: سبب الإرث وهو النكاح.

قوله: لا تَثْبُتُ الحُرْمَةُ بِالمُطَاوَعَةِ لِتَقَدُّمِهَا عَلَيْهَا، أي: لتقدم الحرمة الحاصلة بالطلقات الثلاث على المطاوعة.

قوله: وَلاعَنَ فِي المَرَضِ وَرِثَتْ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ لا تَرِثُ؛ لأن الطلاق إنَّما يقع

بِالتَّعْلِيقِ بِفِعْلٍ لا بُدَّ لَهَا مِنْهُ إِذْ هِيَ مُلْجَأَةٌ إِلَى الخُصُومَةِ لِدَفْعِ عَارِ الزِّنَا عَنْ نَفْسِهَا وَقَدْ بَيَّنَّا الوَجْهَ فِيهِ (وَإِنْ آلَى وَهُوَ صَحِيحٌ ثُمَّ بَانَتْ بِالإِيلاءِ وَهُوَ مَرِيضٌ لَمْ تَرِثْ، وَإِنْ كَانَ الإِيلاءُ أَيْضًا فِي المَرَضِ وَرِثَتْ) لِأَنَّ الإِيلاءَ فِي مَعْنَى تَعْلِيقِ الطَّلَاقِ بِمُضِيِّ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ خَالِيَةٍ عَنِ الوِقَاعِ فَيَكُونُ مُلْحَقًا بِالتَّعْلِيقِ بِمَجِيءِ الوَقْتِ وَقَدْ ذَكَرْنَا وَجْهَهُ.

بلعانها؛ لأنها آخر اللعانين، فكان آخر المدارين.

فإن قيل: لا كذلك؛ لأن الفرقة إنَّما تقع بقضاء القاضي عندنا، فكان القضاء آخر المدارين.

قلنا: اللعان شهادة عندنا على ما يأتِي، والحكم أبدًا يثبت بالشهادة لا بالقضاء.

وجه قولهما أن الفرقة وإن كانت تقع بلعانها، إلا أنها مضطرة في ذلك لاستدفاع العار عن نفسها، وقد ذكرنا أنَّها إذا باشرت الشرط عن اضطرار لا تحرم عن الميراث، كذا في «الفوائدالظهيريَّة».

قوله: وَقَدْ بَيَّنَّا الوَجْهَ فِيهِ، وهو **قوله:** لِأَنَّهَا مُضْطَرَّةٌ فِي المُبَاشَرَةِ، فيكون ملحقـًا بالتعليق بمجيء الوقت، فصار كأنه قال: إذا مضت أربعة أشهر ولم أقربك فأنت طالق، ولو علَّق الطلاق في صحته بأمر سماوي ووجد الشرط في المرض لا يكون فارًّا، فكذلك هاهُنا.

فإن قيل: الإيلاء ليس نظير تعليق الطلاق بمجيء الوقت، وإن كان الإيلاء في الصحة لما أنه متمكن من إبطال الإيلاء بالغي، فإذا لم يبطل في حالة المرض صار كأنه إنشاء الإيلاء في المرض، وهناك ترث فكذلك هاهُنا، فكان نظير من كل وكيلًا في صحته بالطلاق، فطلقها الوكيل في المرض كان فارًّا؛ لأنه كان متمكنـًا من العزل فإذا لم يعزل جعل كأنه إنشاء، كذلك هاهُنا.

قلنا: الفرق بينهما ثابت وهو أنه لا يمكنه إبطال الإيلاء إلا بضرر يلزمه فلم يكن متمكنـًا مطلقـًا، بخلاف مسألة الوكالة، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

قَالَ: (وَالطَّلَاقُ الَّذِي يَمْلِكُ فِيهِ الرَّجْعَةَ تَرِثُ بِهِ فِي جَمِيعِ الوُجُوهِ) لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ لا يُزِيلُ النِّكَاحَ حَتَّى يُحِلَّ الوَطْءَ فَكَانَ السَّبَبُ قَائِمًا.

قَالَ: (وَكُلُّ مَا ذَكَرْنَا أَنَّهَا تَرِثُ إِنَّمَا تَرِثُ إِذَا مَاتَ وَهِيَ فِي العِدَّةِ) وَقَدْ بَيَّنَّاهُ، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قوله: وَالطَّلَاقُ الَّذِي يَمْلِكُ فِيهِ الرَّجْعَةَ تَرِثُ بِهِ فِي جَمِيعِ الوُجُوهِ، أي: سواء كان الطلاق بسؤالها أو بغير سؤالها، وسواء كان التعليق بفعلها أو بفعله، وسواءٌ كان الفعل ممَّا لا بدَّ لها منه أو لم يكن سوى قيام العدَّة، فإنه مشروط فيها جميعاً، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

بَابُ الرَّجْعَةِ

(وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ تَطْلِيقَةً رَجْعِيَّةً أَوْ تَطْلِيقَتَيْنِ فَلَهُ أَنْ يُرَاجِعَهَا فِي عِدَّتِهَا

باب الرجعة

وقد نبهت مرارًا على أن كل ترتيب أوجب طبعـًا يوجب وضعًا، فمن ذلك ذكر باب الرجعة في هذا المقام؛ لما أنَّ الرجعة تقتضي سابقة الطلاق لا محالة؛ إذ الرجعة شرعت لرفع الطلاق، والرفع أبدًا يكون بعد الوقوع، فلمَّا ذكر وقوع الطلاق بأنواعه وصفة مُوقعه من صحيح ومريض، قفاه بذكر الرجعة فيما يستحق فيه الرجعة طلبـًا للتناسب.

ثمَّ من محاسن الطلاق أنَّ الله تعالى ترحم علينا بأن لم يجعل الطلاق قاطعـًا للنكاح، ورافعـًا للوُصلة ذات النجاح؛ إذ لو جعل كذلك تعذر التدارُك بالندم، وربما لا ينال بتقدّمه كثير من المنافس والخدَم، فحينئذٍ قد يُفضي إلى أهواءٍ باطنةٍ تستجلب الرَّجَم؛ إذ لا تُحسّ منه مُسكة تمنعه، ولا زَبرًا لعل الله يحدث بعد ذلك أمرًا، فإن النعمة إذا أشرفت على الزوال عزَّت، وعِطف من لم يَرْن إليها هزَّت، فلذلك جعله قاطعـًا للنكاح عند انتفاخ الضغينة، وانضمام القرينة من صفة البينونة، أو الفداء أو الثلاث، ليكون ذلك مضافـًا إلى فعله الناشي منه بغير اكتراث.

يقال: رجعَ بنفسه رجوعـًا، ورجع إلى الجواب رجعـًا، وقال تعالى: ﴿يَرْجِعُ بَعْضُهُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ ٱلْقَوْلَ﴾ [سبأ: ٣١]، وله على امرأته رَجعة ورِجعة، والفتح أفصح، ومنها الطلاق الرجعي، كذا في «الصحاح»، و«المغرب».

أصل الباب هو أن صريح الطلاق بعد الدخول دون الثلاث في الحرة، ودون الثنتين في الأمة،

رَضِيَتْ بِذَلِكَ أَوْ لَمْ تَرْضَ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: ٢٣١] مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ وَلا بُدَّ مِنْ قِيَامِ العِدَّةِ لِأَنَّ الرَّجْعَةَ اسْتِدَامَةُ المِلْكِ؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ سَمَّى إِمْسَاكًا وَهُوَ الإِبْقَاءُ وَإِنَّمَا يَتَحَقَّقُ الاسْتِدَامَةُ فِي العِدَّةِ لِأَنَّهُ لا مِلْكَ بَعْدَ انْقِضَائِهَا. (وَالرَّجْعَةُ أَنْ يَقُولَ رَاجَعْتُكِ أَوْ رَاجَعْتُ امْرَأَتِي) وَهَذَا صَرِيحٌ فِي الرَّجْعَةِ وَلا خِلافَ فِيهِ بَيْنَ الأَئِمَّةِ.

معقب للرجعة بالكتاب والسنة وإجماع الأمة، وهو ظاهر، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله.

وكان شيخي رحمه الله يقول: إنما يتحقق الطلاق الرجعي بأربع شرائط:

إحداها: صريح لفظ الطلاق، أوبعض الكنايات المخصوصة.

والثانية: أن لا يكون بمقابلته مال.

والثالثة: أن لا يستوفي الثلاثة من الطلاق إمَّا جملةً أو تتميماً.

والرابعة: أن تكون المرأة مدخولاً بها.

وذكر في «المحيط»: إذا أراد الرجل أن يراجع امرأته فالأحسن أن يراجعها بالقول لا بالفعل؛ لأن صحة المراجعة بالقول متفق عليها، وصحة المراجعة بالفعل مختلف فيها.

قوله: لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ﴾، يعني قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣١]، يعني: إذا قرب انقضاء عدتهن فأمسكوهن؛ لما أنه لا يصح الرجعة بعد انقضاء العدة بالإجماع.

قوله: وَالرَّجْعَةُ أَنْ يَقُولَ رَاجَعْتُكِ - أي: في الحضرة - أَوْ رَاجَعْتُ امْرَأَتِي، أي: في الحضرة والغيبة، لكن بشرط الإعلام لها على ما يجيء؛ لأن الإعلام مستحب.

ومن ألفاظ الرجعة أيضاً: رددتك، وأمسكتك، أو أن يقول: أنت عندي كما كنت، أو أنت امرأتي، إن نوى الرجعة، أو أن يقول بالفارسية: (باز آوردم تُرا)، أو: (باز كَرْدان

قَالَ: (أَوْ يَطَأَهَا أَوْ يُقَبِّلَهَا أَوْ يَلْمِسَهَا بِشَهْوَةٍ أَوْ يَنْظُرَ إِلَى فَرْجِهَا بِشَهْوَةٍ) وَهَذَا عِنْدَنَا وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحْمَةُ اللهِ تَعَالَى عَلَيْهِ: لا تَصِحُّ الرَّجْعَةُ إلَّا بِالقَوْلِ مَعَ القُدْرَةِ عَلَيْهِ لِأَنَّ الرَّجْعَةَ بِمَنْزِلَةِ ابْتِدَاءِ النِّكَاحِ حَتَّى يَحْرُمَ وَطْؤُهَا،

كردم تُرا)، وكما تثبت الرجعة بالقول تثبت بالفعل وهو الوطئ، والتقبيل عن شهوة، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان والتمرتاشي رحمهما الله.

قوله: أَوْ يَطَأَهَا أَوْ يُقَبِّلَهَا أَوْ يَلْمِسَهَا بِشَهْوَةٍ، اللَّمس المسُّ، من حد نصَر وضرَب.

وقال الإمام قاضي خان رحمه الله: هذا إذا كان الفعل من الرجل، فإن كان من المرأة بأن نظرت إلى فرجه، أو قبَّلته على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تكون رجعةً، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله لا تكون رجعةً؛ لأن الرجعة بالقول تكون من جانب الزوج، ولا تكون من جانب المرأة، فكذلك الرجعة بالفعل.

ولهما أنَّ فعل الرجل إنَّما كان رجعة حملًا لفعله على الحل، فيستوي فيه الرجل والمرأة كما استويا في حرمة المصاهرة، ولهذا لو أدخلت فرجها في فرجه وهو نائمٌ تكون رجعة، فكذلك هاهُنا، وإن تزوجها في العدة لا تكون رجعة في قول أبي حنيفة رحمه الله، وعلى قول محمد رحمه الله تكون رجعة.

قوله: لِأَنَّ الرَّجْعَةَ بِمَنْزِلَةِ ابْتِدَاءِ النِّكَاحِ؛ لأن الرجعة إثباتُ الحل عنده فكان بمنزلة ابتداء النكاح، ثم النكاح ابتداءً لا يصح إلا بالقول فكذا الرجعة.

قلتُ: وهذا الخلاف أعني صحة الرجعة عندنا بالقول وبالفعل، وعدم صحتها عنده إلا بالقول بناءً على خلاف آخر بيننا وبينه، وهو الخلاف في تفسير الرجعة، فعندنا الرجعة عبارة عن استدامة الملك، والفعل المختص بالملك يكون أدل على استدامة الملك من القول، وهو نظير الفيء في الإيلاء، فإنه منع المزيل من أن يعمل بعد انقضاء المدة وذلك يحصل بالجماع، وعنده الرجعة عبارة عن إقامة سبب لاستباحة الوطئ ورفع الخلل الواقع في الملك، فلا يكون إلا بالقول، فكان الجماع قبل الرجعة حرامًا كما في الجماع

وَعِنْدَنَا هُوَ اسْتِدَامَةُ النِّكَاحِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ وَسَنُقَرِّرُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى،

قبل النكاح، فهناك لا يثبت النكاح بالفعل، وكذلك هنا أيضاً لا تثبت الرجعة بالفعل، إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: وَعِنْدَنَا هُوَ اسْتِدَامَةُ النِّكَاحِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وهو إشارة إلى **قوله:** أَلَا تَرَى أَنَّهُ سَمَّى إِمْسَاكًا وَهُوَ الإِبْقَاءُ.

وقوله: وَسَنُقَرِّرُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى، إشارة إلى ما ذكر في آخر هذا الباب وهو **قوله:** وَلَنَا أَنَّهَا قَائِمَةٌ حَتَّى يَمْلِكَ مُرَاجَعَتَهَا، إلى آخره.

فإن قلتَ: كما سمَّى الله تعالى الرجعة إمساكاً فكذلك سمَّاها ردًّا في قوله: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، وحقيقة الرد لا يكون إلا بعد الزوال.

قلتُ: لمَّا قامت لنا مسائل إجماعية بأن الملك لم يزل، لزم علينا أن نحمل معنى الرد إلى الرد الذي هو إعادتها إلى الحالة الأولى، حتى لا تبين بانقضاء العدة؛ لا لأنه يعيدها إلى الملك بعد الزوال، أمَّا المسائل فهو أنه يملك الاعتياض بالخلع بعد الطلاق الرجعي إجماعاً، وملك الاعتياض لا يكون إلا بعد بقاء أصل الملك، وكذلك يملك عليها سائر التصرفات التي كان يملك عليها قبل الطلاق، وهو الظهار، والإيلاء، واللعان، دلَّ ذلك على بقاء الملك مطلقاً.

فإن قلتَ: جاز أن يثبت حرمة الوطء مع قيام أصل الملك، كمن كاتب أمته يحرم وطؤها وإن بقي الملك بعد الكتابة.

قلتُ: ملك النكاح ليس نظير ملك اليمين، فإن صفة الحل تنفصل هناك عن أصل الملك ابتداءً وبقاءً، كما قلنا في الأخت من الرضاعة، والأمة المجوسية، وهنا صفة الحل لا تنفصل عن أصل الملك ابتداءً وبقاءً، إلى هذا أشار في «المبسوط».

والأولى في الاستدلال في حل الوطء بعد الطلاق الرجعي ما ذكره في «الأسرار» فقال: قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ ۞ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَاجِهِمْ﴾ [المؤمنون: ٥-٦]،

وَالفِعْلُ قَدْ يَقَعُ دَلَالَةً عَلَى الِاسْتِدَامَةِ كَمَا فِي إِسْقَاطِ الخِيَارِ، وَالدَّلَالَةُ فِعْلٌ يَخْتَصُّ بِالنِّكَاحِ وَهَذِهِ الأَفَاعِيلُ تَخْتَصُّ بِهِ خُصُوصًا فِي الحُرَّةِ، بِخِلَافِ النَّظَرِ وَالمَسِّ بِغَيْرِ شَهْوَةٍ لِأَنَّهُ قَدْ يَحِلُّ بِدُونِ النِّكَاحِ كَمَا فِي القَابِلَةِ وَالطَّبِيبِ وَغَيْرِهِمَا، وَالنَّظَرُ إِلَى غَيْرِ الفَرْجِ قَدْ يَقَعُ بَيْنَ المُسَاكِنَيْنِ وَالزَّوْجُ يُسَاكِنُهَا فِي العِدَّةِ، فَلَوْ كَانَ

استثنى الأزواج من وجوب الحفظ، فثبت أنه لا يجب والزوجية قائمة؛ لأن الزوج والبعل سواء لغةً، فالله تعالى سمَّى المُطَلِّقين بُعُولةً بعد الطلاق الرجعي، فقال: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، وكذلك قال تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، وأراد به الرجعة، والإمساك كفٌّ عن الزوال لا ردٌّ.

قوله: وَالفِعْلُ قَدْ يَقَعُ دَلَالَةً عَلَى الِاسْتِدَامَةِ كَمَا فِي إِسْقَاطِ الخِيَارِ، كمن باع أمته على أن البائع بالخيار ثلاثة أيّام، ثم وطئها البائع يسقط الخيار كما إذا أسقط بالقول، وهنا أولى؛ لأن في البيع يحتاج إلى رفع السبب المزيل وهو البيع، أمّا هنا لا يحتاج إلى رفع الطلاق بل يحتاج إلى منع ما لولاه يزول، والمنع أسهل من الرفع، فلأن يكون الفعل دليلًا على الاستدامة هنا أوْلَى، والجامع بينهما وجود السبب المزيل.

قوله: وَالدَّلَالَةُ فِعْلٌ يَخْتَصُّ بِالنِّكَاحِ، أي: يجب أن تكون دلالة استدامة النكاح التي هي الرجعة بفعل هو مخصوص بالنكاح، مثل الوطء، والتقبيل بشهوة، والنظر إلى الفرج، لا مطلق الفعل، مثل النظر إلى وجهها، والمس بغير شهوة.

قوله: وَهَذِهِ الأَفَاعِيلُ - وهي الوطء وغيره - تَخْتَصُّ بِهِ، أي: بالنكاح.

فإن قيل: لا نسلم أن هذه الأفاعيل مخصوصة بالنكاح؛ لأنها توجد في الأمة المملوكة أيضًا.

قلنا: إن الملك هو المقصود في الأمة، وهذه الأفاعيل تابعة في حق المملوكة، والتابع معدوم حكماً.

قوله: وَغَيْرِهِمَا، كالخافضة وهي الخائنة، وكالشاهد في الزنا إذا احتاج إلى تحمل الشهادة.

رَجْعَةً لَطَلَّقَهَا فَتَطُولُ العِدَّةُ عَلَيْهَا.

قَالَ: (وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُشْهِدَ عَلَى الرَّجْعَةِ شَاهِدَيْنِ، فَإِنْ لَمْ يُشْهِدْ صَحَّتِ الرَّجْعَةُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ - فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ لا تَصِحُّ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ - رَحِمَهُ اللهُ - لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] وَالأَمْرُ لِلْإِيجَابِ، وَلَنَا إِطْلَاقُ النُّصُوصِ عَنْ قَيْدِ الإِشْهَادِ، وَلِأَنَّهُ اسْتِدَامَةٌ لِلنِّكَاحِ، وَالشَّهَادَةُ لَيْسَتْ شَرْطًا فِيهِ فِي حَالَةِ البَقَاءِ كَمَا فِي الفَيْءِ فِي الإِيلَاءِ، إِلَّا أَنَّهَا تُسْتَحَبُّ لِزِيَادَةِ الِاحْتِيَاطِ كَيْ لا يَجْرِيَ التَّنَاكُرُ فِيهَا، وَمَا تَلَاهُ مَحْمُولٌ عَلَيْهِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ قَرَنَهَا بِالمُفَارَقَةِ وَهُوَ فِيهَا مُسْتَحَبٌّ،

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ لا تَصِحُّ - الرجعة إلا به - وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ رَحِمَهُ اللهُ، وهذا عجب من مذهبه، أي: مذهب مالك، فإنه لا يجعل الإشهاد على النكاح شرطًا، ويجعل الإشهاد على الرجعة شرطًا، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلَنَا إِطْلَاقُ النُّصُوصِ، في الرجعة من غير شرط الإشهاد، وهي قوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: ٢٣١]، وقوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، وقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، وقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ﴾ [البقرة: ٢٣٠]، وقوله صلَّى الله عليه وسلم: «مر ابنك فليراجعها».

قوله: وَمَا تَلَاهُ - وهو قوله تعالى: ﴿وَأَشۡهِدُواْ ذَوَيۡ عَدۡلٍ﴾ [الطلاق: ٢] - مَحْمُولٌ عَلَيْهِ، أي: على الاستحباب.

قوله: كَيْ لا يَجْرِيَ التَّنَاكُرُ فِيهَا، كما في قوله تعالى: ﴿وَأَشۡهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعۡتُمۡۚ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

قوله: أَلَا تَرَى أَنَّهُ قَرَنَهَا بِالمُفَارَقَةِ وَهُوَ فِيهَا مُسْتَحَبٌّ، أي: قرن آية الإشهاد فيما تلاه بالمفارقة، حيث قال: ﴿فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ فَارِقُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٖ وَأَشۡهِدُواْ ذَوَيۡ عَدۡلٖ

....

مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]، والإشهاد في المفارقة مستحب، فكان مستحبًا في الرجعة أيضًا.

فإن قلتَ: أين ذهب قولكم: إن القِران في النظم لا يوجب القِران في الحكم، كما في قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتُواْ ٱلزَّكَوٰةَ﴾ [البقرة: ٤٣]، فكيف أوجب هاهُنا؟

قلتُ: هذا ليس من قبيل ذاك، فإن الذي نحن بصدده جملتان، تقفتهما[1] جملة أخرى واقعًا حكم الأخيرة عليهما على السواء، وما هذا شأن الجملتين لا يتخلف حكم أحدهما عن الأخرى؛ وهذا لأن أمر الإشهاد لمَّا كان منصرفًا إليهما، وهو لفظ واحد استحال أن يراد من اللفظ الواحد معنيان مختلفان، فلذلك ما أريد من إحدى الجملتين كان مرادًا من الأخرى، وإلا يلزم المحال.

يوضحه: أن حكم الجملتين لمَّا لم يختلف بسبب شمول حكم جملة أخرى عليهما، كانت الجملتان بمنزلة جمل متصل بعضها ببعض تقفَّاها كلمة الاستثناء، فإنَّها تشمل الكل ويلغى حكم الكل، كما إذا قال: أنت طالق، وعبدي حر، وعليَّ نذر صوم إن شاء الله، وكذلك لو كان المذكور شرطًا مكان الاستثناء يتعلق كلها بالشرط، فكانت كلها واحدة من تلك الجمل كأنها جملة ناقصة لدخول كلها تحت حكم جملة أخرى، والقِران في الجمل الناقصة يوجب القِران في الحكم، فكذلك هاهُنا، فكان كقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلْمُسْلِمِينَ وَٱلْمُسْلِمَٰتِ وَٱلْمُؤْمِنِينَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتِ﴾ إلى قوله: ﴿أَعَدَّ ٱللَّهُ لَهُم مَّغْفِرَةً وَأَجْرًا عَظِيمًا ٣٥﴾ [الأحزاب: ٣٥]، ولا شك أن ذلك الوعد العظيم شامل لكل منهم على السواء، فكذلك هاهُنا، بخلاف قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتُواْ ٱلزَّكَوٰةَ﴾ [البقرة: ٤٣]، فإن كل واحدة من الجملتين مستقلة بنفسها، لم يلحقها ما ينافي استقلالها، فلذلك لم يقتض ثبوت الحكم في إحداهما ثبوته في الأخرى.

وذكر في «المبسوط» في قوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]، وقال: ألا ترى أنه جمع بين الفرقة والرجعة،

---

(١) في هامش نسخة فيض الله أفندي - الأولى (ف١): أي: تبعتهما.

وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُعْلِمَهَا كَيْ لا تَقَعَ فِي المَعْصِيَةِ.

(وَإِذَا انْقَضَتِ العِدَّةُ فَقَالَ كُنْتُ رَاجَعْتُهَا فِي العِدَّةِ فَصَدَّقَتْهُ فَهِيَ رَجْعَةٌ، وَإِنْ كَذَّبَتْهُ فَالقَوْلُ قَوْلُهَا) لِأَنَّهُ أَخْبَرَ عَمَّا لا يَمْلِكُ إِنْشَاءَهُ فِي الحَالِ فَكَانَ مُتَّهَمًا إِلَّا أَنَّ بِالتَّصْدِيقِ تَرْتَفِعُ التُّهْمَةُ، وَلَا يَمِينَ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَهِيَ مَسْأَلَةُ الِاسْتِحْلَافِ فِي الأَشْيَاءِ السِّتَّةِ وَقَدْ مَرَّ فِي كِتَابِ النِّكَاحِ.

(وَإِذَا قَالَ الزَّوْجُ قَدْ رَاجَعْتُكِ فَقَالَتْ مُجِيبَةً لَهُ قَدِ انْقَضَتْ عِدَّتِي لَمْ تَصِحَّ الرَّجْعَةُ

وأَمَرَ بالإشهاد عليهما، ثم الإشهاد على الفرقة مستحب لا واجب، فكذلك على الرجعة، وهو نظير قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْۚ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، ثمَّ البيع صحيح من غير إشهاد، فكان قود تقريره هذا كما ترى دالًّا على ما قلنا.

قوله: وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُعْلِمَهَا، أي: ويستحب للزوج إذا راجعها أن يعلمها بمراجعتها بأنه راجعها؛ وذلك لأنه لو لم يعلمها بالرجعة رُبَّما تقع المرأة في المعصية، فإنها رُبَّما تتزوج بناءً على زعمها أن زوجها لم يراجعها، وقد انقضت عدتها فتزوجت آخر، وجامعها الزوج الثاني فكانت هي عاصية، وزوجها الذي أوقعها فيها مسيئًا بتركه الإعلام، ولكن مع ذلك لو لم يعلمها بالرجعة جازت؛ لأن الرجعة عندنا استدامة للقائم وليست بإنشاءٍ، فكان الزوج بالرجعة متصرفًا في خالص حقه، وتصرف الإنسان في خالص حقه لا يتوقف على علم الغير، كذا في «المحيط».

قوله: وَإِذَا قَالَ الزَّوْجُ قَدْ رَاجَعْتُكِ فَقَالَتْ مُجِيبَةً لَهُ - أي: على الفور متصلة بقول الزوج - قَدِ انْقَضَتْ عِدَّتِي لَمْ تَصِحَّ الرَّجْعَةُ، وذكر في «شرح الطحاوي»: ولو قال لها راجعتك، فقالت المرأة موصولًا بكلام الزوج: انقضت عدتِي، لا تصح الرجعة في قول أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما تصح الرجعة، وأجمعوا أنَّها إذا سكتت ساعةً ثم قالت: انقضت عدتِي تصح الرجعة، ولو بدأت المرأة بالكلام فقالت: انقضت عدتِي، فقال الزوج لها مجيبًا

عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -) وَقَالَا: تَصِحُّ الرَّجْعَةُ لِأَنَّهَا صَادَفَتِ العِدَّةَ إِذْ هِيَ بَاقِيَةٌ ظَاهِرًا إِلَى أَنْ تُخْبِرَ وَقَدْ سَبَقَتْهُ الرَّجْعَةُ، وَلِهَذَا لَوْ قَالَ لَهَا طَلَّقْتُكِ فَقَالَتْ مُجِيبَةً لَهُ قَدِ انْقَضَتْ عِدَّتِي يَقَعُ الطَّلَاقُ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهَا صَادَفَتْ

موصولًا بكلامها: راجعتك لا تصح الرجعة.

قوله: لِأَنَّهَا صَادَفَتِ العِدَّةَ - أي: لأن الرجعة صادفت العدة -؛ إِذْ هِيَ بَاقِيَةٌ ظَاهِرًا - أي: العدة باقيةٌ - إِلَى أَنْ تُخْبِرَ وَقَدْ سَبَقَتْهُ الرَّجْعَةُ، أي: وقد سبقت الرجعة إخبارَ المرأة بانقضاء العدة، فصحت الرجعة وسقطت العدة، وهي حين أخبرت إنَّما أخبرت بالانقضاء بعد سقوط العدَّة، وليست لها ولاية الإخبار بعد سقوط العدة، كما لو سكتت ساعةً ثم أخبرت؛ ولأنَّها صارت متهمة في الإخبار والانقضاءِ بعد رجعة الزوج فلا يقبل خبرها، كما لو قال الموكل للوكيل: عزلتك، فقال الوكيل: كنتُ بعتُ، حيث لا يصدق الوكيل لكونه متهمًا، ولكونه غير قادر على الإنشاء فهذا كذلك.

وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول: الرجعة صادفت حال انقضاء العدة أو بعد انقضاء العدة فلا تصح؛ وذلك لأن قولها: انقضت عدتِي مقبول؛ لأنها أمينة أخبرت عن أمر محتمل، ومتى قبل قولها لا بدَّ أن يحكم بالانقضاء سابقًا على كلامها؛ لأن صحة الخبر تقتضي سابقة وجود المخبر به بزمان أو بأزمنة، ثم إن كان بأزمنة فقد صادفت الرجعةُ ما بعد انقضاء العدة، وإن كان بزمان فقد صادفت حال انقضاء العدة، والرجعة لا تصح مع انقضاء العدة أيضًا؛ لأن الرجعة شرعت بالنص في حال بقاء العدة الموجودة من كل وجه، والعدة في حال الانقضاء لا تكون موجودة من كل وجه فلا تثبت الرجعة، بدليل أنه لو قال لها: أنت طالق مع انقضاء عدتك؛ لا يقع الطلاق عند انقضاء العدة؛ لأن المزيلَ لا يعمل إذا قارن الزوال فكذا لا يعمل المثبت حال الزوال؛ إذ هما في الاستحالة على السواء؛ لأن في أحدهما إزالة الزائل وفي الآخر إثبات الزائل.

فإن قيل: لمَّا كان قولها انقضت عدتِي مقتضيًا سبق الانقضاء كان قول الزوج: راجعتك، مقتضيًا سبق الرجعة، فتكون الرجعة سابقة على الانقضاء؛ لما ذكرتَ أن الرجعة

حَالَةَ الِانْقِضَاءِ لِأَنَّهَا أَمِينَةٌ فِي الإِخْبَارِ عَنِ الِانْقِضَاءِ فَإِذَا أَخْبَرَتْ دَلَّ ذَلِكَ عَلَى سَبْقِ الِانْقِضَاءِ وَأَقْرَبُ أَحْوَالِهِ حَالُ قَوْلِ الزَّوْجِ وَمَسْأَلَةُ الطَّلَاقِ عَلَى الخِلَافِ، وَلَوْ كَانَتْ عَلَى الِاتِّفَاقِ فَالطَّلَاقُ يَقَعُ بِإِقْرَارِهِ بَعْدَ الِانْقِضَاءِ وَالمُرَاجَعَةُ لا تَثْبُتُ بِهِ.

(وَإِذَا قَالَ زَوْجُ الأَمَةِ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا: قَدْ كُنْتُ رَاجَعْتُهَا وَصَدَّقَهُ المَوْلَى وَكَذَّبَتْهُ

لا تصح حال الانقضاء ولا بعده.

قلنا: لا كذلك؛ لأن قوله: راجعتك إنشاءٌ، وهو إثبات أمر لم يكن فلا يقتضي سبق الرجعة، وقولها: انقضت عدتِي إخبارٌ، وهو إظهار أمر قد كان فكان قولها سابقًا؛ أو لأن الشرع جَعَلَها أمينة في إخبارها بأمر العدة، والزوج في دعواه الرجعة مدع، فالقول قول الأمين في كل أمر اختلف المدعي مع الأمين.

وذكر في «المبسوط» بيان هذا فقال: إنَّها أمينة في الإخبار، ولا يمكنها أن تخبر إلا بعد الانقضاء، فإذا أخبرت مجيبةً للزوج عرفنا ضرورة أن الانقضاء سابق، وأقرب أحواله حال قول الزوج راجعتك، بخلاف ما إذا سكتت ساعةً فإن أقرب الأحوال للانقضاء هناك حال سكوتها.

ولا يقال: مصادفة الرجعة حال انقضاء العدة نادرٌ؛ لأنا نقول: إن انقضاء العدة لا بد من أن يوافق حاله، فتارة يوافق أكلها، وتارة نومها، وتارةً قول الزوج راجعتك، وإنما تصير متهمة إذا فرطت في الإخبار بالتأخير، ولا تفريط منها هنا؛ لأنها لا تقدر على الإخبار إلا بعد الانقضاء، بخلاف الوكيل فإنه مفرط في الإخبار؛ لأن بيعه كان قبل العزل لا مع العزل.

وذكر في «مبسوط فخر الإسلام»: بخلاف ما إذا سكتت؛ لأنها اتهمت بالتأخير؛ لأن الواجب عليها أن تخبر متصلًا بكلامه لو كان الانقضاء ثابتًا قبل ذلك، وحيث سكتت ولم تخبر فالظاهر أنها كاذبةٌ.

قوله: وَمَسْأَلَةُ الطَّلَاقِ عَلَى الخِلَافِ، ولا يقع الطلاق عند أبي حنيفة رحمه الله كما لو قال: أنت طالق مع انقضاء عِدَّتك، والأصح أنه يقع لإقرار الزوج بالوقوع، كما لو قال بعد انقضاء العدة: كنتُ طلقتها في العدة، كان مُصدقًا في ذلك بخلاف الرجعة، كذا في «المبسوط».

الأَمَةُ فَالقَوْلُ قَوْلُهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَالا: القَوْلُ قَوْلُ المَوْلَى) لِأَنَّ بُضْعَهَا مَمْلُوكٌ لَهُ، فَقَدْ أَقَرَّ بِمَا هُوَ خَالِصُ حَقِّهِ لِلزَّوْجِ فَشَابَهَ الإِقْرَارَ عَلَيْهَا بِالنِّكَاحِ، وَهُوَ يَقُولُ حُكْمُ الرَّجْعَةِ يُبْتَنَى عَلَى العِدَّةِ وَالقَوْلُ فِي العِدَّةِ قَوْلُهَا، فَكَذَا فِيمَا يُبْتَنَى عَلَيْهَا، وَلَوْ كَانَ عَلَى القَلْبِ فَعِنْدَهُمَا القَوْلُ قَوْلُ المَوْلَى، وَكَذَا عِنْدَهُ فِي الصَّحِيحِ لِأَنَّهَا مُنْقَضِيَةُ العِدَّةِ فِي الحَالِ، وَقَدْ ظَهَرَ مِلْكُ المُتْعَةِ لِلْمَوْلَى فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهَا فِي إِبْطَالِهِ، بِخِلَافِ الوَجْهِ الأَوَّلِ لِأَنَّ المَوْلَى بِالتَّصْدِيقِ فِي الرَّجْعَةِ مُقِرٌّ بِقِيَامِ العِدَّةِ عِنْدَهَا وَلا يَظْهَرُ مِلْكُهُ مَعَ العِدَّةِ (وَإِنْ قَالَتْ قَدِ انْقَضَتْ عِدَّتِي وَقَالَ الزَّوْجُ وَالمَوْلَى لَمْ تَنْقَضِ عِدَّتُكِ فَالقَوْلُ قَوْلُهَا) لِأَنَّهَا أَمِينَةٌ فِي ذَلِكَ إِذْ هِيَ العَالِمَةُ بِهِ.

(وَإِذَا انْقَطَعَ الدَّمُ مِنَ الحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ لِعَشَرَةِ أَيَّامٍ انْقَطَعَتِ الرَّجْعَةُ وَإِنْ لَمْ تَغْتَسِلْ، وَإِنِ انْقَطَعَ لِأَقَلَّ مِنْ عَشَرَةِ أَيَّامٍ لَمْ تَنْقَطِعِ الرَّجْعَةُ حَتَّى تَغْتَسِلَ أَوْ يَمْضِيَ عَلَيْهَا وَقْتُ

قوله: وَهُوَ يَقُولُ حُكْمُ الرَّجْعَةِ يُبْتَنَى عَلَى العِدَّةِ، وفي قيام العدة لا قول للمولى أصلًا، فإن القَوْلَ فِي العِدَّةِ قَوْلُهَا في البقاء والانقضاء دون المولى، فَكَذَلِكَ فِيمَا يُبْتَنَى عَلَيْهَا، وهو الرجعة، يوضحه: أن صحة الرجعة حال قيام العدة ولا ملك للمولى في بضعها عند ذلك ولا تصرف، فكان القولُ فيه قولها، بخلاف التزويج والإقرار به عليها؛ لأن بضعها في تلك الحال ملك للمولى.

قوله: وَلَوْ كَانَ عَلَى القَلْبِ، بأن كذبه المولى وصدقته الأمة لم تثبت الرجعة، أمَّا عندهما فظاهر، وأمَّا عند أبي حنيفة رحمه الله فلأن بضعها في الحال خالص حق المولى، وإن عدتها منقضيةٌ فلهذا لا يُقْبَلُ قَوْلُهَا فِي ذلك، كذا في «المبسوط».

قوله: إِذْ هِيَ العَالِمَةُ بِهِ، أي: بالانقضاء.

صَلَاةٍ كَامِلٍ) لِأَنَّ الحَيْضَ لا مَزِيدَ لَهُ عَلَى العَشَرَةِ، فَبِمُجَرَّدِ الِانْقِطَاعِ خَرَجَتْ مِنَ الحَيْضِ فَانْقَضَتِ العِدَّةُ وَانْقَطَعَتِ الرَّجْعَةُ، وَفِيمَا دُونَ العَشَرَةِ يُحْتَمَلُ عَوْدُ الدَّمِ فَلَا بُدَّ أَنْ يَعْتَضِدَ الِانْقِطَاعُ بِحَقِيقَةِ الِاغْتِسَالِ أَوْ بِلُزُومِ حُكْمٍ مِنْ أَحْكَامِ الطَّاهِرَاتِ بِمُضِيِّ وَقْتِ الصَّلَاةِ، بِخِلَافِ مَا إذَا كَانَتْ كِتَابِيَّةً لِأَنَّهُ لا يُتَوَقَّعُ فِي حَقِّهَا أَمَارَةٌ زَائِدَةٌ فَاكْتَفَى بِالِانْقِطَاعِ، وَتَنْقَطِعُ إذَا تَيَمَّمَتْ وَصَلَّتْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ، وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ وَقَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ -: إذَا تَيَمَّمَتِ انْقَطَعَتْ، وَهَذَا قِيَاسٌ لِأَنَّ التَّيَمُّمَ حَالَ عَدَمِ المَاءِ طَهَارَةٌ مُطْلَقَةٌ حَتَّى يَثْبُتُ بِهِ مِنَ الأَحْكَامِ مَا يَثْبُتُ بِالِاغْتِسَالِ فَكَانَ بِمَنْزِلَتِهِ، وَلَهُمَا أَنَّهُ مُلَوِّثٌ غَيْرُ مُطَهِّرٍ، وَإِنَّمَا اُعْتُبِرَ طَهَارَةً

قوله: أَوْ بِلُزُومِ حُكْمٍ مِنْ أَحْكَامِ الطَّاهِرَاتِ بِمُضِيِّ وَقْتِ الصَّلَاةِ، حيث تكون الصلاة ديناً في ذمَّتها، وهو من أحكام الظاهرات.

قوله: بِخِلَافِ مَا إذَا كَانَتْ كِتَابِيَّةً، فإن الرجعة تنقطع في حقها بنفس انقطاع الدم.

قوله: وَتَنْقَطِعُ إذَا تَيَمَّمَتْ، وصلت مكتوبةً أو تطوعاً، كذا في «المبسوط».

قوله: حَتَّى يَثْبُتُ بِهِ، برفع يثبتُ؛ لأن حتى هنا ليست للغاية؛ إذ الأحكام ثابتة من حل الدخول في الصلاة، والمسجد، وحل قراءة القرآن، ومس المصحف.

قوله: فَكَانَ بِمَنْزِلَتِهِ، أي: فكان التيمم بمنزلة الاغتسال، والحكم بسقوط الرجعة يؤخذ فيه بالاحتياط، ألا ترى أنَّها لو اغتسلت وبقيت على بدنها لمعةٌ تنقطع الرجعة عنها احتياطاً، وإن لم يحل لها أداء الصلاة، فهاهُنا أولى.

وكذلك لو اغتسلت بسؤر الحمار ولم تجد غيره تنقطع الرجعة احتياطاً، ولم يحل لها أداء الصلاة في هذين الموضعين، فهاهنا أولى أن تنقطع الرجعة وقد حل لها أداء الصلاة.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى: التيمم طهارةٌ ضعيفةٌ فلا تنقطع

ضَرُورَةَ أَنْ لَا تَتَضَاعَفَ الوَاجِبَاتُ، وَهَذِهِ الضَّرُورَةُ تَتَحَقَّقُ حَالَ أَدَاءِ الصَّلَاةِ

به الرجعة كنفس الانقطاع؛ وذلك لأن التيمم لا يرفع الحدث بيقين، حتى أنَّ المتيمم إذا وجد الماء كان محدثًا بالحدث السابق؛ ولأنه في الحقيقة تلويث وتغييرٌ وهو ضدُّ التطهير، وإنما جعل طهارة حكمًا لضرورة الحاجة إلى أداء الصلاة؛ لأنها مؤقتةٌ، والثابت بالضرورة لا تَعْدُو موضع الضرورة.

وهذا بخلاف ما إذا بقي على بدنها لمعةٌ؛ لأن قطع الرجعة هناك لتوهم وصول الماء إلى ذلك الموضع، وسرعة الجفاف، فكانت طهارة قويةً في نفسها، والاغتسال بسؤر الحمار كذلك، فإنَّه طهارة قويةٌ لكونه اغتسالًا بالماء، ولكنها تؤمر بضم التيمم إلى ذلك في حكم حل الصلاة احتياطًا؛ لاشتباه الأدلَّة في طهارة الماء، وقدكان الأصل فيه الطهارة، ولهذا لو اغتسلت به مع وجود ماءٍ آخر تنقطعُ الرجعة أيضًا؛ لكونها طهارةً قويةً.

وأمَّا الحكم بحل الصلاة في التيمم لا يدل على قوة الطهارة؛ لأن قولنا: حلت لها الصلاة بالتيمم، تفسير لقولنا: تطهرت، وقد ثبت أن قولنا: تطهرت بالتيمم ثابت في حق الصلاة لا غير، فكذلك قولنا: حلت لها الصلاة، وأمَّا الصلاة الثابتة دينًا في الذمة فثابتة قياسًا بالتفويت بعد توجه الخطاب لا بالشرع، بخلاف القياس، فلذلك ظهر في حق عامة الأحكام، إلى هذا أشار في «المبسوط»، و«الأسرار».

فتذكر هاهُنا الشبهة السَّائرة والنكتة الدَّائرة فيما بين الناس، ممَّا يتراءى مناقضةً بين الطرفين، وقد أسلفناه مشبعًا في باب الإمامة من كتاب الصلاة، ثم المختصر هاهُنا في جواب الطرفين هو أن محمدًا رحمه الله عمل بالاحتياط في الموضعين جميعًا، وما يتراءى مناقضةً في حقه إنَّما كان بحسب اختلاف كل واحد من الموضعين في اقتضائه الاحتياط؛ ولأنه لا يلزم من كون التيمم قائمًا مقام الاغتسال صحة الإمامة؛ لأن صحة الإمامة ليست من ضرورة الاغتسال؛ لأنه كم من مغتسل لا تجوز إمامته، كصاحب العذر لا تجوز إمامته وإن كان مغتسلًا، وما عملًا يتراءى مناقضة، ولكن لا مناقضة فيما عملًا أيضًا؛ لأنهما عملًا في حق الصلاة بمورد الآية، حيث لا يتقيَّد هناك بالضرورة، وفي حق غيرها عملًا بحقيقة التلويث وهو ضد التطهير، فكان طهارةً ضرورية.

لا فِيمَا قَبْلَهَا مِنَ الأَوْقَاتِ، وَالأَحْكَامُ الثَّابِتَةُ أَيْضًا ضَرُورِيَّةٌ اقْتِضَائِيَّةٌ، ثُمَّ قِيلَ تَنْقَطِعُ بِنَفْسِ الشُّرُوعِ عِنْدَهُمَا، وَقِيلَ بَعْدَ الفَرَاغِ لِيَتَقَرَّرَ حُكْمُ جَوَازِ الصَّلَاةِ.

(وَإِذَا اغْتَسَلَتْ وَنَسِيَتْ شَيْئًا مِنْ بَدَنِهَا لَمْ يُصِبْهُ المَاءُ، فَإِنْ كَانَ عُضْوًا فَمَا فَوْقَهُ لَمْ تَنْقَطِعِ الرَّجْعَةُ، وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ عُضْوٍ انْقَطَعَتْ) قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ، وَالقِيَاسُ فِي العُضْوِ الكَامِلِ أَنْ لا تَبْقَى الرَّجْعَةُ لِأَنَّهَا غَسَلَتِ الأَكْثَرَ، وَالقِيَاسُ فِيمَا دُونَ العُضْوِ أَنْ تَبْقَى لِأَنَّ حُكْمَ الجَنَابَةِ وَالحَيْضِ لا يَتَجَزَّأُ، وَوَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ وَهُوَ الفَرْقُ أَنَّ مَا دُونَ العُضْوِ يَتَسَارَعُ إِلَيْهِ الجَفَافُ لِقِلَّتِهِ فَلَا يَتَيَقَّنُ بِعَدَمِ وُصُولِ المَاءِ إِلَيْهِ، فَقُلْنَا بِأَنَّهُ تَنْقَطِعُ الرَّجْعَةُ وَلا يَحِلُّ لَهَا التَّزَوُّجُ أَخْذًا بِالِاحْتِيَاطِ فِيهِمَا، بِخِلَافِ العُضْوِ الكَامِلِ لِأَنَّهُ لا يَتَسَارَعُ إِلَيْهِ الجَفَافُ وَلا يُغْفَلُ عَنْهُ عَادَةً

قوله: وَالأَحْكَامُ الثَّابِتَةُ أَيْضًا ضَرُورِيَّةٌ، وهي حل قراءة القرآن، ومس المصحف، ودخول المسجد.

قوله: اقْتِضَائِيَّةٌ؛ لأنَّ هذه الأحكام من توابع الصلاة؛ إذ حل الصلاة يقتضي حل دخول المسجد، وحل قراءة القرآن، فكان هذا جوابًا عن حرف الخصم بقوله: كما أن الصلاة تحل بالتيمم فكذلك تحل هذه الأحكام علم أن التيمم طهارة مطلقة.

قوله: وَقِيلَ بَعْدَ الفَرَاغِ، وهو الصحيح، ذكره في «المبسوط»؛ لأن الحال بعد شروعها في الصلاة كالحال قبله، ألا ترى أنَّها إذا رأت الماء لا يبقى لتيممها أثر، بخلاف ما بعد الفراغ.

قوله: وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ عُضْوٍ انْقَطَعَتْ، وهو نحو الإصبع، كذا في «المحيط».

قوله: أَنَّ مَا دُونَ العُضْوِ يَتَسَارَعُ إِلَيْهِ الجَفَافُ لِقِلَّتِهِ فَلَا يَتَيَقَّنُ بِعَدَمِ وُصُولِ المَاءِ إِلَيْهِ، فَقُلْنَا بِأَنَّهُ تَنْقَطِعُ الرَّجْعَةُ، حتى لو تيقنت هي بعدم وصول الماء إليها، بأن منعت عنها قصدًا لا تنقطع الرجعة، كذا في «المحيط».

فَافْتَرَقَا، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى -: أَنَّ تَرْكَ الْمَضْمَضَةِ وَالِاسْتِنْشَاقِ كَتَرْكِ عُضْوٍ كَامِلٍ، وَعَنْهُ وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحْمَةُ اللهِ تَعَالَى عَلَيْهِ: هُوَ بِمَنْزِلَةِ مَا دُونَ الْعُضْوِ لِأَنَّ فِي فَرْضِيَّتِهِ اخْتِلَافًا بِخِلَافِ غَيْرِهِ مِنَ الْأَعْضَاءِ.

(وَمَنْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَامِلٌ أَوْ وَلَدَتْ مِنْهُ وَقَالَ لَمْ أُجَامِعْهَا فَلَهُ الرَّجْعَةُ) لِأَنَّ الْحَبَلَ مَتَى ظَهَرَ فِي مُدَّةٍ يُتَصَوَّرُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُ جُعِلَ مِنْهُ لِقَوْلِهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ» وَذَلِكَ دَلِيلُ الْوَطْءِ مِنْهُ وَكَذَا إذَا ثَبَتَ نَسَبُ الْوَلَدِ مِنْهُ جُعِلَ وَاطِئًا، وَإِذَا ثَبَتَ الْوَطْءُ تَأَكَّدَ الْمِلْكُ وَالطَّلَاقُ فِي مِلْكٍ مُتَأَكِّدٍ يَعْقُبُ الرَّجْعَةَ وَيَبْطُلُ زَعْمُهُ بِتَكْذِيبِ الشَّرْعِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَثْبُتُ بِهَذَا الْوَطْءِ الْإِحْصَانُ،

قوله: وَعَنْهُ وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحْمَةُ اللهِ تَعَالَى عَلَيْهِ: هُوَ بِمَنْزِلَةِ مَا دُونَ الْعُضْوِ، فإن كان الباقي أحد المنخرين فالرجعة باقية بالاتفاق، كذا في «المحيط».

قوله: لِأَنَّ فِي فَرْضِيَّتِهِ اخْتِلَافًا، فإن عند الشافعي رحمه الله المضمضة والاستنشاق سنتان في الجنابة والوضوء.

قوله: وَمَنْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَامِلٌ أَوْ وَلَدَتْ مِنْهُ، أي: قبل الطلاق على ما يجيء من تأويل المسألة في الكتاب.

قوله: وَيَبْطُلُ زَعْمُهُ بِتَكْذِيبِ الشَّرْعِ، فإن قيل: وجب أن لا يكون له حق الرجعة؛ لأن الرجعة حق مستحق له، وقد أنكر ثبوتها له أقصى ما في الباب أنه صار مكذباً شرعاً حكماً لثبات النسب منه، لكن لا يلزم من كونه مكذباً شرعاً بقاء ما كان حقًّا له، وصار هذا كرجل أقرّ بعين لإنسان ثم اشتراها، ثم استحقت من يده ثم وصلت إليه يوماً من الدهر أمر بالتسليم إلى المقرّ له، وإن صار مكذباً شرعاً.

قلنا: لم يتعلق بإقراره هنا حق الغير، والموجب لحق الرجعة ثابت وهو الطلاق بعد

فَلأَنْ تَثْبُتَ بِهِ الرَّجْعَةُ أَوْلَى، وَتَأْوِيلُ مَسْأَلَةِ الوِلادَةِ أَنْ تَلِدَ قَبْلَ الطَّلَاقِ، لِأَنَّهَا لَوْ وَلَدَتْ بَعْدَهُ تَنْقَضِي العِدَّةُ بِالوِلادَةِ فَلا تُتَصَوَّرُ الرَّجْعَةُ.

قَالَ: (فَإِنْ خَلَا بِهَا وَأَغْلَقَ بَابًا أَوْ أَرْخَى سِتْرًا وَقَالَ لَمْ أُجَامِعْهَا ثُمَّ طَلَّقَهَا لَمْ يَمْلِكِ الرَّجْعَةَ) لِأَنَّ تَأَكُّدَ المِلْكِ بِالوَطْءِ وَقَدْ أَقَرَّ بِعَدَمِهِ فَيُصَدَّقُ فِي حَقِّ نَفْسِهِ وَالرَّجْعَةُ حَقُّهُ وَلَمْ يَصِرْ مُكَذَّبًا شَرْعًا، بِخِلَافِ المَهْرِ؛

الدخول، فوجب أن يكون له حق الرجعة، بخلاف الإقرار فإنه تعلق به حق الغرماء، وإن صار المقر مكذباً شرعًا، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

فإن قيل: قوله: لم أجامعها، صريح في عدم الجماع، ودلالة ثبوت النسب لم يكن صريحاً في وجود الجماع، والصريح إذا اجتمع مع غير الصريح فالصريح أَوْلَى.

قلنا: الدلالة من الشارع أقوى من الصريح الصادر من العبد، لاحتمال الكذب من العبد وعدم احتماله من الشارع.

قوله: فَلأَنْ تَثْبُتَ بِهِ الرَّجْعَةُ أَوْلَى؛ لأن الإحصان له مدخل في وجود العقوبة، ومع هذا يثبت بهذا الوطء، فلأن يثبت به الرجعة التي ليست فيها جهة العقوبة بالطريق الأَوْلَى.

قوله: فَإِنْ خَلَا بِهَا وَأَغْلَقَ بَابًا أَوْ أَرْخَى سِتْرًا، إلى قوله: لَمْ يَمْلِكِ الرَّجْعَةَ، وإنما أورد هذه المسألة عقيب تلك المسألة؛ لما أن هذه المسألة تتراءى مناقضاً حكمها للمسألة التي قبلها مع اتحاد المعنى، وهو أن في هذه المسألة أيضاً صار في قوله: لم أجامعها، مكذباً شرعاً، فإنه بعدما خلا بها بمثل هذه الخلوة التي ذكر يجبُ كمال المهر شرعاً إذا طلقها، وكمال المهر في الطلاق إنما يجب إذا كان الطلاقُ بعد الدخول، فكان في قوله: لم أجامعها، مكذباً شرعاً لا محالة، ثم مع ذلك لا تصح منه رجعة هذه المرأة، فلم يعتبر كونه مكذبا شرعاً في هذه المسألة في حق الرجعة، واعتبره في تلك المسألة حتى أثبت له ولاية الرجعة هناك، فأجاب عن هذه المناقضة **بقوله: وَلَمْ يَصِرْ مُكَذَّبًا شَرْعًا**.

لِأَنَّ تَأَكُّدَ المَهْرِ المُسَمَّى يُبْتَنَى عَلَى تَسْلِيمِ المُبْدَلِ لا عَلَى القَبْضِ، بِخِلَافِ الفَصْلِ الأَوَّلِ. (فَإِنْ رَاجعَهَا) مَعْنَاهُ بَعْدَمَا خَلَا بِهَا وَقَالَ لَمْ أُجَامِعْهَا (ثُمَّ جَاءَتْ بِوَلَدٍ لِأَقَلَّ مِنْ سَنَتَيْنِ بِيَوْمٍ صَحَّتْ تِلْكَ الرَّجْعَةُ) لِأَنَّهُ يَثْبُتُ النَّسَبُ مِنْهُ إِذْ هِيَ لَمْ تُقِرَّ بِانْقِضَاءِ العِدَّةِ وَالوَلَدُ يَبْقَى فِي البَطْنِ هَذِهِ المُدَّةَ فَأُنْزِلَ وَاطِئًا قَبْلَ الطَّلَاقِ دُونَ مَا بَعْدَهُ لِأَنَّ عَلَى اعْتِبَارِ الثَّانِي يَزُولُ المِلْكُ بِنَفْسِ الطَّلَاقِ لِعَدَمِ الوَطْءِ قَبْلَهُ فَيَحْرُمُ الوَطْءُ وَالمُسْلِمُ لا يَفْعَلُ الحَرَامَ (فَإِنْ قَالَ لَهَا إِذَا وَلَدْتِ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَوَلَدَتْ ثُمَّ أَتَتْ بِوَلَدٍ آخَرَ فَهِيَ رَجْعَةٌ) مَعْنَاهُ مِنْ بَطْنٍ آخَرَ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ بَعْدَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ،

قوله: لِأَنَّ تَأَكُّدَ المَهْرِ المُسَمَّى يُبْتَنَى عَلَى تَسْلِيمِ المُبْدَلِ، وتفسير الجواب هو أن تأكد المهر مبني على تسليم النفس وقد وجد هاهُنا؛ وذلك لأن الإبدال في العقود كلها من البياعات والإجارات يتأكد بالتسليم، وتفسير التسليم هو أن يرفع الموانع بين المسلَّم والمسلَّم إليه، ويُقدر المسلَّم إليه على أن يقبضه، وقد وجد هاهُنا.

وأمَّا القدرة على القبض فليست بقبض، كما أن القدرة على الزنا ليست بزنا، بل القبض عبارة عن زيادة تصرف مخصوص يظهر من القادر في المقدور بحسب ذلك الموضع، فلمَّا لم تكن القدرة قبضاً لم تكن وطئاً، فإذا لم يوجد الوطء لم يتأكد ملك الزوج في بضعها، فإذا لم يتأكد الملك لم يعقب الطلاق الرجعةَ؛ لأن الرجعة مبنية على ملك متأكدٍ بالقبض، وقد أقرَّ الزوجُ بعدم القبض والرجعة حقه فصدق في حق نفسه.

وذكر في «الفوائد الظهيرية»: وذكر هنا، أي: في «الجامع الصغير»: أَغْلَقَ بَابًا وَأَرْخَى سِتْرًا، بالواو، وفي كتاب الطلاق قال: أَوْ أَرْخَى سِتْرًا، بِأَوْ، وهو الصحيح.

قوله: فَهِيَ رَجْعَةٌ، أي: فالولادة الثانية رجعة، أي: فبالولادة الثانية يعلم أنه كان وطئَها بعد وقوع الطلاق بالولد الأول؛ لأن المسألة مصورة في تعليق الطلاق بالولادة، وهي أتت بعد ذلك بالولدين بينهما ستة أشهر، فيقع الطلاقُ بالولد الأول، ثم الولدُ الثانِي لمَّا جاء بعد

وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ مِنْ سَنَتَيْنِ إِذَا لَمْ تُقِرَّ بِانْقِضَاءِ العِدَّةِ لِأَنَّهُ وَقَعَ الطَّلَاقُ عَلَيْهِ بِالوَلَدِ الأَوَّلِ وَوَجَبَتِ العِدَّةُ فَيَكُونُ الوَلَدُ الثَّانِي مِنْ عَلُوقٍ حَادِثٍ مِنْهُ فِي العِدَّةِ لِأَنَّهَا لَمْ تُقِرَّ بِانْقِضَاءِ العِدَّةِ فَيَصِيرُ مُرَاجِعًا. (وَإِنْ قَالَ كُلَّمَا وَلَدْتِ وَلَدًا فَأَنْتِ طَالِقٌ فَوَلَدَتْ ثَلَاثَةَ أَوْلَادٍ فِي بُطُونٍ مُخْتَلِفَةٍ فَالوَلَدُ الأَوَّلُ طَلَاقٌ وَالوَلَدُ الثَّانِي رَجْعَةٌ وَكَذَا الثَّالِثُ) لِأَنَّهَا إِذَا جَاءَتْ بِالأَوَّلِ وَقَعَ الطَّلَاقُ وَصَارَتْ مُعْتَدَّةً، وَبِالثَّانِي صَارَ مُرَاجِعًا لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ يَجْعَلُ العَلُوقَ بِوَطْءٍ حَادِثٍ فِي العِدَّةِ وَيَقَعُ الطَّلَاقُ الثَّانِي بِوِلَادَةِ الوَلَدِ الثَّانِي لِأَنَّ اليَمِينَ مَعْقُودَةٌ بِكَلِمَةِ كُلَّمَا وَوَجَبَتِ العِدَّةُ، وَبِالوَلَدِ الثَّالِثِ صَارَ مُرَاجِعًا

ستة أشهر من علوقٍ حادثٍ لا محالة[1] وهو بالوطء، فكان الوطء موجودًا في عدة الطلاق الرجعي، وهو موجب للرجعة عندنا.

أمَّا الولدان إذا كانا من بطن واحد لا تكون الولادة الثانية دليل الرجعة، فوقع الطلاق بالولد الأول وانقضت العدة بالولد الثانِي، ولم يقم دليل لنا على أنه وطئها بعد الولد الأول؛ فلذلك لم تكن الولادةُ الثانية دليلَ الرجعة في هذه الصورة.

و(إن) في **قوله**: وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ مِنْ سَنَتَيْنِ، للوصل، أي: لمَّا كان بين الولدين ستة أشهر لم يتفاوت بعد ذلك أن يكون الولادة الثانية أقل من سنتين من وقت الطلاق أو أكثر من سنتين تثبت الرجعة؛ لأن الولد الثانِي مضاف إلى علوقٍ حادثٍ لا محالة، وهو بالوطء بعد الطلاق فكان رجعةً، إلى هذا أشار في «الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله.

قوله: وَبِالوَلَدِ الثَّالِثِ صَارَ مُرَاجِعًا، أي: وبالولد الثالث يعلم أنه وطئها بعد وقوع الطلاق الثانِي بولادة الولد الثانِي؛ لأن المسألة مصوَّرة في أولادٍ في بطون مختلفة، ولذلك

(١) في هوامش بعض النسخ، كنسخة (ف١) و(ج) و(قط) و(حت) وغيرها: لأن أحدهما كافٍ لكون الخلوة صحيحة؛ لأن بتخلل ستة أشهر يختلف البطنان، وعلوق البطن الثانِي لا يكون في وقت علوق البطن الأول؛ إذ لو كان في وقته كانا في بطنٍ واحدٍ، وتوحّد البطن مفسّر بما إذا كان أقل من ستة أشهر.

لِمَا ذَكَرْنَا، وَتَقَعُ الطَّلْقَةُ الثَّالِثَةُ بِوِلَادَةِ الثَّالِثِ وَوَجَبَتِ العِدَّةُ بِالأَقْرَاءِ لِأَنَّهَا حَائِلٌ مِنْ ذَوَاتِ الحَيْضِ حِينَ وَقَعَ الطَّلَاقُ (وَالمُطَلَّقَةُ الرَّجْعِيَّةُ تَتَشَوَّفُ وَتَتَزَيَّنُ) لِأَنَّهَا حَلَالٌ لِلزَّوْجِ إِذِ النِّكَاحُ قَائِمٌ بَيْنَهُمَا، ثُمَّ الرَّجْعَةُ مُسْتَحَبَّةٌ وَالتَّزَيُّنُ حَامِلٌ لَهُ عَلَيْهَا فَيَكُونُ مَشْرُوعًا.

لا بدَّ أن يكون الولد الثالث من علوقٍ حادثٍ وهو من الوطء الحاصل بعد الولد الثانِي، فكان الوطئ رجعة.

قوله: لِمَا ذَكَرْنَا، إشارة إلى قوله: لِأَنَّهُ وَقَعَ الطَّلَاقُ عَلَيْهِ بِالوَلَدِ الأَوَّلِ، إلى آخره، ولا تكون الولادةُ الثالثة دليلَ الرجعة، بخلاف الولادة الثانية؛ لأنه لا سبيلَ للرجعة بعد الطلقات الثلاث.

قوله: وَالمُطَلَّقَةُ الرَّجْعِيَّةُ تَتَشَوَّفُ وَتَتَزَيَّنُ، التشوّف خاص في الوجه، والتزيّن عام، تَفَعُّلٌ من شَفْتُ الشيءَ جَلَوْته، ودينارٌ مَشُوف: أي مَجْلُوٌّ، وهو أن تَجْلُو المرأة وجهَها وتصقل خديها.

قوله: إِذِ النِّكَاحُ قَائِمٌ بَيْنَهُمَا، حتى أن التوارث قائم بينهما، وكذلك جميع أحكام النكاح قائم، ألا ترى أنه لو قال: كل امرأةٍ له طالق، تدخل هذه الطلقة فيه فتطلق.

فإن قلتَ: يشكلُ على هذا الأصل الذي ذكرتَ المسألة التي تليه، وهي قوله: وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ بِهَا، فكان له أن يسافر بمنكوحته، وليست له هذه الولاية في المطلقة الرجعية، فانتقض ما ذكرتَ من قيام النكاح من كل وجهٍ.

قلتُ: هذه معارضة في معرض النص فلا يسمع:

فكل قياس بمعارضته يتهاترُ ❊ وكل معقول بوجوده يتصاغرُ

فإن القياس يقتضي أن تحل المسافرَةُ بها، كما يحل سائر الأحكام المخصوصة بالنكاح، إلا أن النص ورد بقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١]، وقال

(وَيُسْتَحَبُّ لِزَوْجِهَا أَنْ لَا يَدْخُلَ عَلَيْهَا حَتَّى يُؤْذِنَهَا أَوْ يُسْمِعَهَا خَفْقَ نَعْلَيْهِ) مَعْنَاهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ مِنْ قَصْدِهِ الْمُرَاجَعَةُ لِأَنَّهَا رُبَّمَا تَكُونُ مُتَجَرِّدَةً فَيَقَعُ بَصَرُهُ عَلَى مَوْضِعٍ يَصِيرُ بِهِ مُرَاجِعًا ثُمَّ يُطَلِّقُهَا فَتَطُولُ العِدَّةُ عَلَيْهَا (وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ بِهَا حَتَّى يُشْهِدَ عَلَى رَجْعَتِهَا) وَقَالَ زُفَرُ رَحْمَةُ اللهِ تَعَالَى عَلَيْهِ: لَهُ ذَلِكَ لِقِيَامِ النِّكَاحِ، وَلِهَذَا لَهُ أَنْ يَغْشَاهَا عِنْدَنَا، وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] الآيَةَ،

الإمام الصفَّار رحمه الله:

من قاسَ هذا القياس ❋ فقد قضى على نفسه بالوسواس

قوله: وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ﴾ الآيَةَ، نزلت في الطلاق الرجعي، دلَّ عليه سياق الآية وهو قوله تعالى: ﴿لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا ۝﴾ [الطلاق: ١]، أي: لعله يبدو له فيراجعها، والمسافرة بها إخراج من البيت فيكون حراماً بقضيَّة النص.

فإن قيل: لِمَ لا يجعل المسافرة بها دلالة الرجعة حملًا لأمره على الصلاح.

قلنا: كلامنا في رجل ينادي صريحاً بأنِّي لا أراجعها، فبطلت الدلالة عند الصريح؛ ولأن قوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ﴾ الآية، لمَّا كان خطاباً بالنهي للأزواج عن الإخراج يلزم أن لا يكون الإخراج رجعةً؛ لأن الإخراج منهيٌّ عنه والرجعة مندوبٌ إليها، وهما على طرفي نقيض، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله: وكما لا يحل لها الخروج إلى السفر، كذلك لا يباح لها الخروج إلى ما دون السفر أيضاً؛ لإطلاق النص، وكما يكره المسافرة بها يكره الخلوة بها؛ لأنه لو خلا بها رُبَّما يقع بصره على موضع يصير به مراجعاً، وهو لا يريد الرجعة فيطلقها أخرى فيؤدي إلى تطويل العدة وذلك حرام.

وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في «الجامع الصغير»: إنما يكره الخلوة بها إذا لم يأمن على نفسه أن يغشاها، أو يصير مراجعاً لها بغير إشهاد، وهو مكروه.

وَلِأَنَّ تَرَاخِيَ عَمَلِ الْمُبْطِلِ لِحَاجَتِهِ إِلَى الْمُرَاجَعَةِ، فَإِذَا لَمْ يُرَاجِعْهَا حَتَّى انْقَضَتِ الْعِدَّةُ ظَهَرَ أَنَّهُ لا حَاجَةَ لَهُ فَتَبَيَّنَ أَنَّ الْمُبْطِلَ عَمَلٌ عَمَلَهُ مِنْ وَقْتِ وُجُودِهِ، وَلِهَذَا تُحْتَسَبُ الأَقْرَاءُ مِنَ الْعِدَّةِ فَلَمْ يَمْلِكِ الزَّوْجُ الإِخْرَاجَ إِلَّا أَنْ يُشْهِدَ عَلَى رَجْعَتِهَا فَتَبْطُلُ الْعِدَّةُ وَيَتَقَرَّرُ مِلْكُ الزَّوْجِ، وَقَوْلُهُ حَتَّى يُشْهِدَ عَلَى رَجْعَتِهَا مَعْنَاهُ الِاسْتِحْبَابُ عَلَى مَا قَدَّمْنَاهُ. (وَالطَّلَاقُ الرَّجْعِيُّ لا يُحَرِّمُ الْوَطْءَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: يُحَرِّمُهُ لِأَنَّ الزَّوْجِيَّةَ زَائِلَةٌ لِوُجُودِ الْقَاطِعِ وَهُوَ الطَّلَاقُ، وَلَنَا أَنَّهَا قَائِمَةٌ حَتَّى يَمْلِكَ مُرَاجَعَتَهَا مِنْ غَيْرِ رِضَاهَا لِأَنَّ حَقَّ الرَّجْعَةِ ثَبَتَ نَظَرًا لِلزَّوْجِ لِيُمْكِنَهُ التَّدَارُكُ

قوله: وَلِأَنَّ تَرَاخِيَ عَمَلِ الْمُبْطِلِ لِحَاجَتِهِ إِلَى الْمُرَاجَعَةِ، فالمبطل هو الطلاق وعمله الإبطال تراخي إلى وقت انقضاء العدة لحاجة الزوج إلى المراجعة، فعمل المبطل عمله من وقت الإبطال كالبيع الذي فيه الخيار تأخر عمل البيع في اللزوم إلى مدة لحاجة من له الخيار إلى الاستدراك، فلمَّا لم يفسخ حتى مضت المدة عمل البيع عمله من وقت البيع، حتى كانت الزوائد الحاصلة في مدة الخيار في البيع للمشتري.

قوله: وَلِهَذَا تُحْتَسَبُ الأَقْرَاءُ مِنَ الْعِدَّةِ، أي: والدليل على أن عمل المبطل من وقت وجود المبطل احتساب الإقراء الماضية قبل انقضاء العدة من العدة، فلو كان عمل المبطل مقتصرًا على انقضاء العدة لما احتسبت الأقراء الماضية من العدَّة، كما لا يُحتسب في قوله: إذا حضتِ فأنت طالق، فإن تلك الحيضة غير محتسبة من العدة؛ لأنه شرط وقوع الطلاق، وإذا ثبتَ ما قلنا وهو أن عمل المبطل غير مقتصر على انقضاء العدة، بل من وقت وجود المبطل وهو الطلاق، كانت المطلقة الرجعية بمنزلة المبتوتة تقديرًا حين لم يرد الرجعة، فكما أنه لا يملك إخراج المبتوتة إلى السفر فكذلك لا يملك إخراج المطلقة الرجعية.

قوله: لِوُجُودِ الْقَاطِعِ، في إحداهما تحقيقـًا وفي الأخرى تقديرًا.

قوله: حَتَّى يَمْلِكَ مُرَاجَعَتَهَا مِنْ غَيْرِ رِضَاهَا، ومن غير مهر، ومن غير ولي، وكذا بغير

عِنْدَ اعْتِرَاضِ النَّدَمِ، وَهَذَا المَعْنَى يُوجِبُ اسْتِبْدَادَهُ بِهِ، وَذَلِكَ يُؤْذِنُ بِكَوْنِهِ اسْتِدَامَةً لا إِنْشَاءً؛ إِذِ الدَّلِيلُ يُنَافِيهِ وَالقَاطِعُ أَخَّرَ عِلْمَهُ إِلَى مُدَّةٍ إِجْمَاعًا أَوْ نَظَرًا لَهُ عَلَى مَا تَقَدَّمَ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

شهود في قول عنده، وملك الرجعة عليها من غير رضاها من أدل الدلائل على أن ملك النكاح قائم؛ إذ لو زال لكانت الرجعة إثباتاً للملك عليها ابتداءً، وأحدٌ لا يَمْلِكُ إثبات النكاح ابتداء على الأجنبية إلا برضاها، كذا في «مبسوط فخر الإسلام» رحمه الله.

قوله: وَهَذَا المَعْنَى يُوجِبُ اسْتِبْدَادَهُ بِهِ، أي: معنى النظر للزوج يوجب استبداد الزوج بحق الرجعة، يعني: أن ثبوت الرجعة للزوج إنَّما كان نظرًا وشفقةً له، لاحتمال أن يندم بعد الطلاق بفراقها على وجه لو لم يقدر على تدارك الوصلة رُبَّما يفضي إلى هلاكه على ما ذكرنا، وكونه نظرًا للزوج يوجبُ استبداد الزوج بالرجعة؛ إذ لو لم يكن مستبدًّا به لا يتحقق النظر.

قوله: وَذَلِكَ يُؤْذِنُ، أي: معنى الاستبداد يعلم بأن الزوج مستديم الملك لا منشئ؛ لأن إنشاء النكاح إنَّما يتعلق بالزوج والمرأة لا بالزوج منفردًا.

قوله: إِذِ الدَّلِيلُ يُنَافِيهِ، أي: دليل الاستبداد ينافي الإنشاء؛ لأنه لو كان إنشاءً لما استبدَّ به الزوج كما لا يستبدُّ في ابتداء النكاح، أو الدلائل التي ذكرناها في موضعها ينافي الإنشاء، وهي قوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، فلو كان إنشاءً لما كان الزوج أحق، وكذلك اسم البعل، وكذلك ذكر الإمساك في قوله: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: ٢٣١]، وهو عبارة عن استدامة الملك لا عن إنشائه.

قوله: وَالقَاطِعُ أَخَّرَ عِلْمَهُ، هذا جواب عن قول الخصم وهو قوله: الزَّوْجِيَّةَ زَائِلَةٌ لِوُجُودِ القَاطِعِ وَهُوَ الطَّلَاقُ، قلنا: نعم وجد القاطع ولكن أخر عمل القاطع إلى انقضاء العدة إجماعـًا، فإنَّ عند الشافعي رحمه الله تثبت الرجعة بالقول بدون رضاء المرأة، كما هو قولنا، علم أن عمل القاطع مؤخر بالإجماع، ويؤخر عمل القاطع نظرًا للزوج.

قوله: عَلَى مَا تَقَدَّمَ، وهو قوله: لِأَنَّ حَقَّ الرَّجْعَةِ ثَبَتَ نَظَرًا لِلزَّوْجِ.

فَصْلٌ فِيمَا تَحِلُّ بِهِ المُطَلَّقَةُ

(وَإِذَا كَانَ الطَّلَاقُ بَائِنًا دُونَ الثَّلَاثِ فَلَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا فِي العِدَّةِ وَبَعْدَ انْقِضَائِهَا) لِأَنَّ حِلَّ المَحَلِّيَّةِ بَاقٍ لِأَنَّ زَوَالَهُ مُعَلَّقٌ بِالطَّلْقَةِ الثَّالِثَةِ فَيَنْعَدِمُ قَبْلَهُ، وَمَنْعُ الغَيْرِ فِي العِدَّةِ لِاشْتِبَاهِ النَّسَبِ وَلَا اشْتِبَاهَ فِي إِطْلَاقِهِ.

فصل فيما تحل به المطلقة

لمَّا ذكر تدارك الطلاق الرجعي وأنه بالرجعة، احتاج إلى بيان تدارك غيره من المطلقات، فبينه في هذا الفصل.

قوله: لِأَنَّ حِلَّ المَحَلِّيَّةِ بَاقٍ، والمعنى من حل المحلية كونها أنثى من بني آدم ليست من المحرمات، وهو موجود هاهُنا.

قوله: وَمَنْعُ الغَيْرِ، جواب سؤال مقدر بأن يقال: إن الله تعالى لم يجوز نكاح المعتدة مطلقـًا لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْزِمُواْ عُقْدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكِتَٰبُ أَجَلَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٥]، أي: حتى تنقضي عدتها، فأجاب عنه بقوله: إنَّما كان ذلك لاشتباه النسب،وذلك إنما يكون في معتدة الغير، وأمَّا هاهُنا فهذه المعتدة معتدته، فلم يلزم فيه اشتباه النسب فيجوز.

ثم اعلم أن التعليل باشتباه النسب هو بيان الحكمة فيه، لا بيان العلة لوجود التخلف فيه، فإنه لو طلق الصغيرة أو الآيسة تجب العدة، ومنع الغير عن تزوجها في العدة وإن لم يكن فيه اشتباه النسب، وكذلك لا يجوز تزويج المعتدة من الصبي كما لا يجوز من البالغ، ولا يلزم اشتباه النسب في حق الصبي؛ لأنه لا يثبت النسب منه؛ لأن الصبي لا ماءَ له.

قوله: وَلَا اشْتِبَاهَ فِي إِطْلَاقِهِ، أي: لا يلزم اشتباه النسب في تجويز نكاح معتدته؛ لأن

(وَإِنْ كَانَ الطَّلَاقُ ثَلَاثًا فِي الحُرَّةِ أَوْ ثِنْتَيْنِ فِي الأَمَةِ لَمْ تَحِلَّ لَهُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ نِكَاحًا صَحِيحًا وَيَدْخُلَ بِهَا ثُمَّ يُطَلِّقَهَا أَوْ يَمُوتَ عَنْهَا) وَالأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠] فَالمُرَادُ الطَّلْقَةُ الثَّالِثَةُ، وَالثِّنْتَانِ فِي حَقِّ الأَمَةِ كَالثَّلَاثِ فِي حَقِّ الحُرَّةِ، لِأَنَّ الرِّقَّ مُنَصِّفٌ لِحِلِّ المَحَلِّيَّةِ عَلَى مَا عُرِفَ، ثُمَّ الغَايَةُ نِكَاحُ الزَّوْجِ مُطْلَقًا، وَالزَّوْجِيَّةُ المُطْلَقَةُ إِنَّمَا تَثْبُتُ بِنِكَاحٍ صَحِيحٍ، وَشَرْطُ الدُّخُولِ ثَبَتَ بِإِشَارَةِ النَّصِّ وَهُوَ أَنْ يُحْمَلَ النِّكَاحُ عَلَى الوَطْءِ حَمْلًا لِلْكَلَامِ عَلَى الإِفَادَةِ دُونَ الإِعَادَةِ إِذِ العَقْدُ اُسْتُفِيدَ بِإِطْلَاقِ اسْمِ الزَّوْجِ

الماء الواقع في رحمها في النكاح الأول والثاني ماءه فلا يشتبه النسب، والاشتباه إنما يكون عند اختلاف المائين، وذلك إنما يكون في معتدة الغير، والمراد من الإطلاق التجويز.

قوله: فَالمُرَادُ الطَّلْقَةُ الثَّالِثَةُ، أي: عند أكثر أهل التأويل؛ لأن الله تعالى بين حكم الثالثة عقيب هذه الآية، ولم يبين حكمها عند قوله: ﴿أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، وعند بعضهم حكم الثالثة مستفاد من تلك الآية، أعني قوله تعالى: ﴿أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ﴾.

قوله: وَالزَّوْجِيَّةُ المُطْلَقَةُ إِنَّمَا تَثْبُتُ بِنِكَاحٍ صَحِيحٍ، خصوصاً فيما إذا أضيف النكاح إلى المستقبل كان المراد منه الإعفاف والتحصين، وذلك إنما يحصل بالنكاح الصحيح لا بالفاسد، ولهذا لا يحنث إذا حلف لا أنكح بالنكاح الفاسد.

بخلاف الماضي فإن المراد منه مجرد صحة الإخبار، فيتناول الفاسد والجائز كذلك، فيحنث في يمينه: ما نكحتُ امرأةً، وقد نكحها فاسدًا.

قوله: حَمْلًا لِلْكَلَامِ عَلَى الإِفَادَةِ دُونَ الإِعَادَةِ، يعني لو حملنا النكاح المذكورة في قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ﴾ [البقرة: ٢٣٠]، على العقد يلزم ذكر العقد مرتين؛ لأنه استفيد العقد مرة بقوله: زوجاً؛ لأن الرجل لا يسمى زوجاً إلا بعد العقد، أمَّا لو حملنا النكاح

أَوْ يُزَادَ عَلَى النَّصِّ بِالحَدِيثِ المَشْهُورِ، وَهُوَ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - «لا تَحِلُّ لِلْأَوَّلِ حَتَّى تَذُوقَ عُسَيْلَةَ الآخَرِ» رُوِيَ بِرِوَايَاتٍ، وَلا خِلافَ لِأَحَدٍ فِيهِ سِوَى سَعِيدِ بْنِ المُسَيِّبِ، وَقَوْلُهُ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ حَتَّى لَوْ قَضَى بِهِ القَاضِي لا يَنْفُذُ، وَالشَّرْطُ الإِيلاجُ دُونَ الإِنْزَالِ لِأَنَّهُ كَمَالٌ وَمُبَالَغَةٌ فِيهِ وَالكَمَالُ قَيْدٌ زَائِدٌ.

المذكور على الوطء واستفدنا العقد من ذكر الزوج كان كل واحدٍ من ذكر الزوج والنكاح محمولاً على فائدة جديدة، فحينئذٍ كان شرط وطء الزوج الثاني في التحليل مذكورًا في كتاب الله تعالى، ولا يحتاج إلى أن يزاد على كتاب الله تعالى بالحديث المشهور، وهذا قول حسن لكنه مخالف لما ذكره شمس الأئمة وفخر الإسلام رحمهما الله في «أصول الفقه»، ويلزم أيضًا على هذا التأويل ترك الأصل وهو أن يجعل المرأة واطئة، وهي ليست بواطئة بل هي محل الفعل فكانت موطوءة.

قوله: رُوِيَ بِرِوَايَاتٍ، أي: بروايات مختلفة، فإن الرواية في أصول الفقه بلفظ الخطاب بقوله: «لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك».

قوله: سِوَى سَعِيدِ بْنِ المُسَيِّبِ، فإنَّ الدخول عنده ليس بشرط، وكذلك قول بشر بن غياث المريسي بمثل قول سعيد بن المسيب، ذكره الإمام التمرتاشي.

قوله: وَقَوْلُهُ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ؛ لأنه مخالف للحديث المشهور فلذلك لو قضى القاضي بقوله لا ينفذ.

وذكر الإمام التمرتاشي في «الجامع الصغير»: وقال الصدر الشهيد رحمه الله: قال مشايخنا: لا ينفذ، وبهذا يعلم أن ما نقل عن الصدر الشهيد في بعض الحواشي أنه لو قضى القاضي على قول سعيد بن المسيب ينفذ القضاء، فذلك افتراء على الصدر الشهيد، وكذا ذكر الإمام قاضي خان في «الجامع الصغير» وقال: ولو قضى القاضي بقوله لا ينفذ قضاؤه، ذكره الصدر الشهيد في كتاب الصلاة.

قوله: وَالكَمَالُ قَيْدٌ زَائِدٌ، أي: الحديث المشهور شرط الدخول، وهو عبارة عن

(وَالصَّبِيُّ المُرَاهِقُ فِي التَّحْلِيلِ كَالبَالِغِ) لِوُجُودِ الدُّخُولِ فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ وَهُوَ الشَّرْطُ بِالنَّصِّ، وَمَالِكٌ - رَحِمَهُ اللهُ - يُخَالِفُنَا فِيهِ، وَالحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا بَيَّنَّاهُ، وَفَسَّرَهُ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ وَقَالَ: غُلَامٌ لَمْ يَبْلُغْ وَمِثْلُهُ يُجَامِعُ جَامَعَ امْرَأَتَهُ وَجَبَ عَلَيْهَا الغُسْلُ وَأَحَلَّهَا عَلَى الزَّوْجِ الأَوَّلِ، وَمَعْنَى هَذَا الكَلَامِ أَنْ تَتَحَرَّكَ آلَتُهُ وَيَشْتَهِي، وَإِنَّمَا وَجَبَ الغُسْلُ عَلَيْهَا لِالتِقَاءِ الخِتَانَيْنِ وَهُوَ سَبَبٌ لِنُزُولِ مَائِهَا وَالحَاجَةِ إِلَى الإِيجَابِ فِي حَقِّهَا، أَمَّا لا غُسْلَ عَلَى الصَّبِيِّ وَإِنْ كَانَ يُؤْمَرُ بِهِ تَخَلُّقًا.

الإيلاج فحسب، فكان اشتراط الإنزال في الإيلاج زيادة قيد على الدخول المطلق، والمطلق ينصرف إلى الكامل في الماهية، فلا يتوقف الحكم المرتب على الأمر الكامل إلى زيادة وصف لا دلالة في اللفظ إليه؛ لأنه يجري مجرى النسخ، فلذلك لم يشترط الإنزال في الدخول، وفي الحديث أيضاً إشارة إلى أن الكمال وجد بدون الإنزال، وهو قوله: «حَتَّى تَذُوقَ عُسَيْلَةَ الآخَرِ».

وفي «الكفاية»[1]: طلَّقها أزواج كل زوج ثلاثاً قبل الدخول فتزوجت بآخر ودخل بها تحل للأول؛ لأنه لا تفصيل في النصّ.

قوله: وَفَسَّرَهُ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ، أي: وقد فسَّر الصبيَّ المحلل في «الجامع الصغير»، أي: في باب النكاح الفاسد من كتاب النكاح من رواية «الجامع الصغير» المرتبة الأولى أن يكون المحلل حرًّا بالغاً، ذكر البلوغ تحرُّزًا عن خلاف مالك وحمَّاد والحسن البصريّ رحمهم الله، فإنَّهم يشترطون الإنزال، وذكر الحرية تحرزًا عن خلاف أبي يوسف رحمه الله، فإنه رُوي عنه: الحرة لو زوجت نفسها من عبد لا يجوز.

---

(١) المراد منها «الكفاية في مسائل الخلاف»، للإمام أبي الحسن، علي بن سعيد بن عبد الرحمن بن محرز العبدري، الحنفي، المتوفى سنة (٤٩٣ هـ).
انظر: «معجم المؤلفين» (٢/ ٤٤٥)، «كشف الظنون» (٢/ ١٤٩٩).

قَالَ: (وَوَطْءُ المَوْلَى أَمَتَهُ لا يُحِلُّهَا) لِأَنَّ الغَايَةَ نِكَاحُ الزَّوْجِ،

وفي «فتاوى الوَبَري»[1]: الشيخ الكبير الذي لا يقدر على الجماع لو أوْلَجها بمساعدة اليد لا يحلها، كذا في «الجامع الصغير» للإمام التمرتاشي.

وقال الإمام قاضي خان رحمه الله: وثبوت الحل لزوجها الأول بوطء الصبي مذهبنا، فإن بوطء الزوج الثاني يثبت الحل سواء كان صبيًّا أو مجنونًا حرًّا أو مملوكًا.

وقال الحسن البصري رحمه الله: لا يحلها جماع الصبي؛ لأن عنده التحليل لا يتم بدون الإنزال، وعند مالك والشافعي رحمهما الله لا يتم التحليل إلا بجماع من كان من أهل الماء.

وجه قول الحسن قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «لا حتى تذوقي من عسيلته وهو يذوق من عسيلتك» يعني الماء.

وإنَّا نقول: فالعسيلة كناية عن لذَّة الجماع، واللذة تحصل بجماع المراهق، وعن عائشة رضي الله عنها: أنَّها فسَّرت العُسيلة بالجماع؛ ولأن الحل تعلق بإصابة الزوج الثاني ليكون زجرًا له عن إرسال الثلاث وإصابة الزوج تغيّظه فكان زاجرًا، وإن وطئها الزوج الثاني في حيضٍ أو نفاسٍ أو إحرام تحل للزوج الأول عندنا، وعند مالك رحمه الله لا تحل له؛ لأنه حرام فلا يثبت به الحل، كما لو تزوَّجها نكاحًا فاسدًا ودخل بها.

ولنا قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠]، شرط نكاح الزوج

---

(١) الوَبَري: بفتح الواو والباء الموحدة وفي آخرها الراء، نسبة إلى الوَبَر والصُّوف، أو إلى عمل الفراء.

ثمَّ «فتاوى الوَبَري» على الأغلب هو للإمام الفقيه، زين الأئمة، محمد بن أبي بكر، المعروف بخَمِير، وقيل: حَمِير، وقيل: حميري، الوبري، الخوارزمي، المتوفى في حدود سنة (٥١٠ هـ)، أخذ الفقه عن الإمام أبي بكر محمد بن علي الزرنجري المتوفى سنة (٥١٢ هـ) عن شمس الأئمَّة الحلواني، وله أيضًا «كتاب الأضاحي»، وتوجد النقول الكثيرة عن هذا الفتاوى في كتب الحنفية، خصوصًا في شرحي الكنز كـ«التبيين» و«البحر»، انظر مثلًا: «البحر الرائق» (٢/ ٣٠٤) و(٦/ ١٨٥) و(٧/ ٢٦).

وفي «الكشف»: «فتاوى الوبري» ..... الحنفي المتوفى سنة (٦٠٨ هـ)، هكذا ترك موضع اسمه خاليًا.

انظر: «الأنساب» للسمعاني (١٣/ ٢٨١)، «الفوائد البهية» (ص: ١٦١)، «كشف الظنون» (٢/ ١٢٢٢ و ١٢٣٠)، «سلم الوصول» (١/ ٢٣٥) و(٢/ ٨٨)، وغيرها.

(وَإِذَا تَزَوَّجَهَا بِشَرْطِ التَّحْلِيلِ فَالنِّكَاحُ مَكْرُوهٌ) لِقَوْلِهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «لَعَنَ اللهُ المُحَلِّلَ وَالمُحَلَّلَ لَهُ» وَهَذَا هُوَ مَحْمَلُهُ (فَإِنْ طَلَّقَهَا بَعْدَمَا وَطِئَهَا حَلَّتْ لِلْأَوَّلِ) لِوُجُودِ الدُّخُولِ فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ إِذِ النِّكَاحُ لا يَبْطُلُ بِالشَّرْطِ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُفْسِدُ النِّكَاحَ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى المُؤَقَّتِ فِيهِ وَلا يُحِلُّهَا عَلَى الأَوَّلِ لِفَسَادِهِ، وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَصِحُّ النِّكَاحُ لِمَا بَيَّنَّا، وَلا يُحِلُّهَا عَلَى الأَوَّلِ لِأَنَّهُ اسْتَعْجَلَ مَا أَخَّرَهُ الشَّرْعُ فَيُجَازَى بِمَنْعِ مَقْصُودِهِ كَمَا فِي قَتْلِ المُوَرِّثِ.

(وَإِذَا طَلَّقَ الحُرَّةَ تَطْلِيقَةً أَوْ تَطْلِيقَتَيْنِ وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا وَتَزَوَّجَتْ بِزَوْجٍ آخَرَ ثُمَّ

مطلقًا، بخلاف ما لو تزوَّجها نكاحًا فاسدًا؛ لأن الله تعالى أمر بالنكاح وأراد به النكاح الجائز؛ لأن الشرع لا يأمر بالفاسد ومطلق النكاح ينصرف إلى الجائز.

قوله: وَإِذَا تَزَوَّجَهَا بِشَرْطِ التَّحْلِيلِ، بأن قال: تزوجتك على أن أحللك، أو قالت المرأة ذلك.

قوله: فَالنِّكَاحُ مَكْرُوهٌ، أمَّا لو أضمرا ذلك في قلبهما فإنه يصح العقد، وتحل للأول عند عامة العلماء، وقال مالك رحمه الله: لا يصح، وذكر الإمام التمرتاشي: ولو خافت المرأة أن لا يطلقها المحلل فتقول: زوجتُ نفسي منك على أن أمري بيدي أطلق نفسي كلما أريد، فيقول الرجل: قبلتُ، جاز النكاح وصار الأمر بيدها.

وفي «التفاريق»: لو ادعت دخول المحلل صدقت، وإن أنكر هُو، وكذا على العكس.

قوله: وَإِذَا طَلَّقَ الحُرَّةَ تَطْلِيقَةً أَوْ تَطْلِيقَتَيْنِ، إلى آخره، وما قاله أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله قول ابن عباس، وابن عُمر، وإبراهيم النخعي، وأصحاب عبد الله بن مسعود رضي الله عنهم، وما قاله محمد وزفر والشافعي رحمهم الله قول عُمر، وعلي، وأبيّ بن كعب، وعمران بن حصين، وأبو هريرة رضي الله عنهم، فأخذ الشبَّان بقول المشايخ من الصحابة، والمشايخ من الفقهاء بقول الشبَّان من الصحابة، كذا في «المبسوط».

عَادَتْ إِلَى الزَّوْجِ الأَوَّلِ عَادَتْ بِثَلاثِ تَطْلِيقَاتٍ وَيَهْدِمُ الزَّوْجُ الثَّانِي مَا دُونَ الثَّلَاثِ كَمَا يَهْدِمُ الثَّلَاثَ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ -: لا يَهْدِمُ مَا دُونَ الثَّلَاثِ) لِأَنَّهُ غَايَةٌ لِلْحُرْمَةِ بِالنَّصِّ فَيَكُونُ

قوله: وَيَهْدِمُ الزَّوْجُ الثَّانِي، الطلاق، أي: الطلقة والطلقتين.

قوله: لِأَنَّهُ غَايَةٌ لِلْحُرْمَةِ بِالنَّصِّ، يعني: أن الزوج الثاني غاية للحرمة الحاصلة بالثلاث بالنص، وهو قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠]، وحتى للغاية حقيقةً، وفي التطليقة والتطليقتين لم يثبت شيء من تلك الحرمة؛ لأنَّها متعلقة بوقوع الثلاث، وببعض أركان العلة لا يثبت شيء من الحكم، فلا يكون الزوج الثاني غاية؛ لأن غاية الحرمة قبل وجودها لا يتحقق، كما لو قال: إذا جاء رأس الشهر فوالله لا أكلم فلاناً حتى أستشير فلاناً، ثم استشاره قبل مجيء رأس الشهر لا يعتبر هذا؛ لأن الاستشارة غاية للحرمة الثابتة باليمين فلا يعتبر قبل اليمين، فإذا لم تعتبر كان وجودها كعدمها، ولو تزوجها قبل التزوج، أوقبل إصابة الزوج الثاني كانت عنده بما بقي من التطليقات، فكذلك هاهُنا.

وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله قالا: إصابة الزوج الثاني بنكاح صحيح يلحق المطلقة بالأجنبية بالحكم المختص بالطلاق، كما بعد التطليقات الثلاث، وبيان هذا أن بالتطليقات الثلاث تصير محرمةً ومطلقةً، ثم بإصابة الزوج الثاني يرتفع الوصفان جميعاً، ويلحق بالأجنبية التي لم يتزوجها قط، فبالتطليقة الواحدة تصير موصوفة بأنَّها مطلقة، فيرتفع ذلك بإصابة الزوج الثاني.

ثم الدليل على أن الزوج الثاني رافع للحرمة لا مُنْهٍ؛ أن المنهي يكون متقررًا في نفسه ولا حرمة بعد إصابة الزوج الثاني فدلَّ أنه رافع للحرمة؛ ولأنه موجب للحل، فإن صاحب الشرع سماه محللًا فقال: «لَعَنَ اللهُ المُحَلِّلَ وَالمُحَلَّلَ لَهُ»، وإنما كان محللًا لكونه موجباً، ومن ضرورته أن يكون رافعاً للحرمة، وبهذا يتبيَّن أن جعله غاية مجاز، فهو نظير قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنُبًا إِلَّا عَابِرِى سَبِيلٍ حَتَّىٰ تَغْتَسِلُواْ﴾ [النساء: ٤٣]، والاغتسال موجب للطهارة

مَنْهِيًّا، وَلَا إِنْهَاءَ لِلْحُرْمَةِ قَبْلَ الثُّبُوتِ، وَلَهُمَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَعَنَ اللهُ الْمُحَلِّلَ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ» سَمَّاهُ مُحَلِّلًا وَهُوَ الْمُثْبِتُ لِلْحِلِّ.

رافع لحدث الجنابة لا أن يكون غاية الجنابة، والدليل عليه أن أحكام الصلاة تثبت متأبدة لا إلى غاية، ولكن ترتفع بوجود ما يرفعها، كحكم زوال الملك لا يثبت مؤقتاً ولكن يرتفع بوجود ما يرفعه وهو النكاح، إذا ثبت أن الزوج الثانِي موجب للحل فإنما يوجب حِلاًّ لا يرتفع إلا بثلاث تطليقات، وذلك غير موجودٍ بعد التطليقة والتطليقتين فيثبت به.

ولمَّا كان رافعاً للحرمة إذا اعترض بعد ثبوت الحرمة فلأن يرفعها وهي تعرض الثبوت أوْلَى، ولكن محمدًا رحمه الله يقول: ثبوت الحرمة بسبب إيقاع الطلاق، وذلك لا يرتفع بالزوج الثانِي حتى لا تعود منكوحة له، وبقاء الحكم ببقاء سببه، فعرفنا أنه ليس برافع للحرمة، ولا هو موجب للحل؛ لأن تأثير نكاح الثانِي في حرمتها على غيره، فكيف يكون موجباً للحل لغيره، وسمَّاه محللًا لأنه شارط للحل، لا لأنه موجب للحل، ألا ترى أنه سمَّاه ملعوناً باشتراطه ما لا يحل شرعاً، فعرفنا أنه غير موجب للحل.

ولأن الحرمة تحتمل التوقيت كحرمة المعتدة، وحرمة الاصطياد على المحرم، فجعلنا الزوج الثانِي غاية للحرمة عملًا بحقيقته، حتى المذكورة في الكتاب وفي السنة، حيث قال صلَّى الله عليه وسلم: «حتى تذوقي من عسيلته»، كذا في «المبسوط».

ثم ذكر فيه وفي «الأسرار»: ومسألة فيها يختلفُ كبار الصحابة رضي الله عنهم يعْوزُ فقهها ويصعب الخروج منها.

قوله: سَمَّاهُ مُحَلِّلًا وَهُوَ الْمُثْبِتُ لِلْحِلِّ، فإن قيل: في الطلقة والطلقتين الحل موجود، فلا حاجة إلى إثبات الحل.

قلنا: الحل وإن كان موجودًا لكن الزوج الثانِي يثبت الحل الجديد، وهو أنَّها لا تحرم بالطلقة إذا كانت مسبوقة بالتطليقتين، ولا تحرم بالتطليقتين إذا كانت مسبوقة بالطلقة عُلم أن الزوج الثانِي مثبت للحل الجديد، وإن كان الحل باقياً في المحل قبل الطلقات الثلاث.

أو نقولُ: أن المحل إن كان لا يقبل إثبات أصل الحل، لكن يقبل إثبات وصف الكمال

(وَإِذَا طَلَّقَهَا ثَلاثًا فَقَالَتْ قَدِ انْقَضَتْ عِدَّتِي وَتَزَوَّجْتُ وَدَخَلَ بِيَ الزَّوْجُ وَطَلَّقَنِي وَانْقَضَتْ عِدَّتِي وَالْمُدَّةُ تَحْتَمِلُ ذَلِكَ جَازَ لِلزَّوْجِ أَنْ يُصَدِّقَهَا إِذَا كَانَ فِي غَالِبِ ظَنِّهِ أَنَّهَا صَادِقَةٌ) لِأَنَّهُ مُعَامَلَةٌ أَوْ أَمْرٌ دِينِيٌّ لِتَعَلُّقِ الحِلِّ بِهِ، وَقَوْلُ الوَاحِدِ فِيهِمَا

في الحل لانتقاصه بالطلقة والطلقتين.

قوله: وَإِذَا طَلَّقَهَا ثَلاثًا فَقَالَتْ قَدِ انْقَضَتْ عِدَّتِي وَتَزَوَّجْتُ وَدَخَلَ بِيَ الزَّوْجُ، إلى آخره، وإنما ذكر أخبارها هذا مبسوطًا مطولًا كما ترى، فإنَّها لو قالت للأول: حللتُ لك فتزوجها ثم قالت: إن الثاني لم يكن دخل بي إن كانت عالمة بشرائط الحل للأول لم تصدق، وإلا فتصدق، وفيما ذكرتَ مبسوطًا لا تصدق في كل حال.

وعن شمس الأئمَّة السرخسي رحمه الله: لا يحل له أن يتزوجها حتى يستفسرها، لاختلاف بين الناس في حلها له بمجرد العقد.

وفي «التفاريق»: ولو تزوجها ولم يسألها ثم قالت: ما تزوجتُ أو خلا بي ولم يدخل بي صدقت، بخلاف قولها: لم تنقض عدتِي، وإن قال الزوج لها ذلك وكذبته تقع الفرقة، كأنه طلق ويجب المهر، ولم يمر بي لو قال المحلل بعد الدخول: كنت حلفتُ بطلاقها إن تزوجها هل تحل هي للأول؟ قلتُ: يبنى الأمر على غالب ظنها، إن كان صادقًا عندها فلا تحل له وإن كان كاذبًا تحل.

وعن الفضلي رحمه الله: لو قالت للأول: تزوجني فإنِّي قد تزوجت غيرك وانقضت عدتِي، فتزوجها ثم قالت: لم أكن تزوجت صدقت، إلا أن يكون قد أقرت بدخول الثانِي، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قوله: لِأَنَّهَا مُعَامَلَةٌ، أي: لأن النكاح معاملة، أنَّث المبتدأ لتأنيث الخبر، كما في قوله تعالى: ﴿ثُمَّ لَمْ تَكُن فِتْنَتُهُمْ إِلَّآ أَن قَالُواْ وَٱللَّهِ رَبِّنَا﴾ [الأنعام: ٢٣]، وفي المعاملة يقبل قول الواحد، ألا ترى أن في الهدايا يقبل قول الإماء والعبيد، وكذلك في الأمر الديني، حتى أن واحدًا من المسلمين لو أخبر بنجاسة الماء أو طهارته وهو عند السامع صادق، يجوز تصديقه

مَقْبُولٌ وَهُوَ غَيْرُ مُسْتَنْكَرٍ إذَا كَانَتِ المُدَّةُ تَحْتَمِلُهُ، وَاخْتَلَفُوا فِي أَدْنَى هَذِهِ المُدَّةِ وَسَنُبَيِّنُهَا فِي بَابِ العِدَّةِ.

على ما يجيء في الكراهية إن شاء الله تعالى.

قوله: وَاخْتَلَفُوا فِي أَدْنَى هَذِهِ المُدَّةِ، ذكر في «المبسوط» قبيل كتاب المناسك في باب النفاس: المطلقة إذا كانت تعتد بالأقراء وأخبرت بانقضاء العدة، قال أبو حنيفة رضي الله عنه: لا تصدق في أقل من ستين يوماً، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: تصدق في تسعة وثلاثين يوماً، وتخريج قولهما أنه يجعل كأنه طلقها في آخر جزءٍ من أجزاء الطهر، وحيضُها أقل الحيض ثلاثة وطهرها أقل الطهر خمسة عشر، فالثلاثة إذا كانت ثلاث مرَّاتٍ يكون تسعة، والطهران إذا كان كل واحد منهما خمسة عشر يكون ثلاثين، فلذلك صدقت في تسعة وثلاثين يوماً؛ لأنها أمينة، فإذا أخبرت بما هو محتمل وجب قبول خبرها.

وأمَّا تخريج قول أبي حنيفة رضي الله عنه فيجعل كأنه طلقها في أول الطهر تحرزًا عن إيقاع الطلاق في الطهر بعد الجماع، وطهرها خمسة عشر؛ لأنه لا غاية لأكثر الطهر فقدرنا بأقله، وحيضها خمسة؛ لأن من النادر أن يكون حيضها أقل الحيض أو يمتد إلى أكثر الحيض، فيعتبر الوسط من ذلك وذلك خمسة، فثلاثة أطهار كل طهر خمسة عشر يكون خمسة وأربعين، وثلاث حيض كل حيضة خمسة يكون خمسة عشر فذلك ستون يوماً، هذا على ما ذكره محمد رحمه الله.

وأمَّا على رواية الحسن عنه فيجعل كأنه طلقها في آخر الطهر؛ لأن التحرز عن تطويل العدة واجب، وإيقاع الطلاق في آخر الطهر أقرب إلى التحرز عن تطويل العدة، ثم حيضها عشرةٌ؛ لأنا لمَّا قدرنا طهرها بأقل المدة نظرًا لها نقدر حيضها بأكثر الحيض نظرًا للزوج، فثلاث حيض كل حيض عشرة تكون ثلاثين، وطهران كل طهر خمسة عشر فذلك ستون يومًا.

قوله: وَسَنُبَيِّنُهَا فِي بَابِ العِدَّةِ، وقعت هذه الحوالة حوالة غير رائجة؛ لأنه لم يذكرها في باب العدة ولا في غيره، والله تعالى أعلم بالصواب.

بَابُ الإِيلَاءِ

باب الإيلاء

ذكر في «الأسرار» في أول كتاب الطلاق منه: التحريمات التي تنفذ من الزوج بحكم ملك النكاح أربعة أنواع:

الطلاق، والإيلاء، واللعان، والظهار، ثم قال: فنبدأ بالطلاق؛ لأنه الأصل والمباح للزوج في وقته، ثم أدنى درجة منه في الإباحة الإيلاء؛ لأنه من حيث أنه يمين مشروع، ولكن فيه معنى الظلم على ما يجيء؛ فكان أدنى منه في الإباحة.

ثم يحتاج هاهُنا إلى معرفة الإيلاء لغةً، وشريعةً، وسببه، وشرطه، وركنه، وحكمه.

أمَّا اللغة: فإن الآلية الحلف، يقال: آلى يولي إيلاءً، مثل: أعطى يعطي إعطاءً، والجمع ألَايَا مثل عطية وعطايا، ومنه قول القائل:

قليل الألَايَا حافظٌ ليمينه * وإن ندرَت منه الأليةُ برَّتْ

يمدح بهذا ويقول: فإنه قليل الحلف؛ وإن حلف بطريق الندرة بأن وقعت يمينه على سرعة من غير قصد حفظ يمينه، فقوله: برَّت كان أصله برَّ في يمينه، أي: صدق فحذف المضاف مع حرف الجر، ثم انقلب الضمير المجرور مرفوعـًا، كما في قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِى خَبُثَ لَا يَخْرُجُ إِلَّا نَكِدًاۚ﴾ [الأعراف: ٥٨]؛ لما عُرف في «الكشَّاف».

وأمَّا تفسيره شرعـًا: فهو عبارة عن منع النفس عن قربان المنكوحة أربعة أشهر فصاعدًا منعـًا مؤكدًا باليمين، ولذلك قالوا: المولى لا يخلو عن أحد المكروهين: إمَّا وقوع الطلاق وإمَّا وجوب الكفارة.

(وَإِذَا قَالَ الرَّجُلُ لِامْرَأَتِهِ وَاللهِ لا أَقْرَبُكِ أَوْ قَالَ وَاللهِ لا أَقْرَبُكِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ فَهُوَ مُولٍ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: ٢٢٦]

وأمَّا سببه: فما هو السبب في الطلاق الرجعي؛ لما أن الإبانة فيه مؤقتة إلى وقت وهاهُنا أيضاً مؤقتة إلى وقت، وقد ذكرنا هناك أن السبب الداعي إليه قيام المشاجرة، وعدم الموافقة، لكن على وجه الانتظار طلباً لما هو الموعود في كتاب الله الجبار في قوله تعالى: ﴿لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا ۝﴾ [الطلاق: ١]، فمنهم من يختار الطلاق الرجعي؛ لما أن التدارك هناك غير مستعقب مكروهاً، بخلاف الإيلاء.

ومنهم من يختار الإيلاء؛ لما أن التدارك هنا غير متضمن نقصان عدد الطلاق، بخلاف الطلاق الرجعي.

وأمَّا شرطه: فكوْنُ من مُنع عنه القربان باليمين منكوحةً، هذا في حق المحل، وأمَّا في حق المولى فهو من كان أهلًا للطلاق عند أبي حنيفة رضي الله عنه، ومن كان أهلًا لوجوب الكفارة عندهما، وأمَّا في حق اليمين فهو أن لا يكون المدة منقوصة من أربعة أشهر.

وأمَّا ركنه: فنوعان كما هو ركن سائر الأيمان، فإنه إن كان في اليمين بالله فهو قوله: واللهِ لا أقربك أربعة أشهر، وما يماثله من ذكر اسم من أسماء الله تعالى، وإن كان في اليمين بغير الله فهو قوله: إن قربتك فعبدي حرٌّ، أو امرأته طالق، وما يشابهه مما يحلف به من الأيمان.

وأمَّا حكمه فشيئان:

أحدهما: يتعلق بالحنث بالقربان، وهو لزوم الكفارة في اليمين بالله، ولزوم الجزاء في اليمين بغير الله.

والثاني: يتعلق بالبر بأن لم يقربها حتى مضت مدة الإيلاء وهو وقوع طلقة بائنة، فحاصله أن الإيلاء يوافق سائر الأيمان في حق حكم الحنث كما ذكرنا من اليمينين، ويخالف سائر الأيمان في حق حكم البر، فإن في سائر الأيمان لا يلزمه شيء بالبر، وهنا يلزمه تطليقةٌ بائنةٌ، وقد تحقَّق ما ذكرنا أن المولى هو من لا يخلو عن أحد المكروهين، كذا في «الذخيرة» وغيرها.

الآيَةُ (فَإِنْ وَطِئَهَا فِي الأَرْبَعَةِ الأَشْهُرِ حَنِثَ فِي يَمِينِهِ وَلَزِمَتْهُ الكَفَّارَةُ) لِأَنَّ الكَفَّارَةَ مُوجِبُ الحِنْثِ (وَسَقَطَ الإِيلَاءُ) لِأَنَّ اليَمِينَ تَرْتَفِعُ بِالحِنْثِ (وَإِنْ لَمْ يَقْرَبْهَا حَتَّى مَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ بَانَتْ مِنْهُ بِتَطْلِيقَةٍ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَبِينُ بِتَفْرِيقِ القَاضِي لِأَنَّهُ مَانِعٌ حَقَّهَا فِي الجِمَاعِ فَيَنُوبُ القَاضِي مَنَابَهُ فِي التَّسْرِيحِ كَمَا فِي الجُبِّ وَالعُنَّةِ، وَلَنَا أَنَّهُ ظَلَمَهَا بِمَنْعِ حَقِّهَا فَجَازَاهُ الشَّرْعُ بِزَوَالِ نِعْمَةِ النِّكَاحِ عِنْدَ مُضِيِّ هَذِهِ المُدَّةِ وَهُوَ

قوله: حَنِثَ فِي يَمِينِهِ وَلَزِمَتْهُ الكَفَّارَةُ، وعند الشافعي رحمه الله يحنث في يمينه، ولا يلزمه الكفارة؛ لأن الله تعالى وعدَ المغفرة وبعد ما صارَ مغفورًا لا تجبُ عليه الكفارة؛ لما أن الكفارة للستر.

قلنا: وعد المغفرة في الآخرة لا ينافي وجوب الكفارة في الدنيا، كما في قتل الخطأ فإنه وعدَ المغفرة في الآخرة ومع ذلك وجبت الكفارة، وحكم الكفارة عند الحنث في اليمين بالله ثابت بقوله تعالى: ﴿وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ﴾ [المائدة: ٨٩]، كذا في «المبسوطين».

قوله: وَسَقَطَ الإِيلَاءُ، على معنى أنه لو مضت المدة لا يقع الطلاق.

قوله: بَانَتْ مِنْهُ بِتَطْلِيقَةٍ، أي: عندنا، فكان معنى الإيلاء إن مضت أربعة أشهر ولم أجامعك فأنت طالق تطليقةً بائنةً، وهكذا نقل عن علي وابن مسعود وابن عباس وابن عمر وعائشة رضي الله عنهم، قالوا: عزيمة الطلاق مضي المدة.

وعند الشافعي لا تقع الفرقة بمضي المدة، ولكنه توقف بعد المدة على أن يفيء إليها أو يفارقها، فإن أبى أن يفعل فرق القاضي بينهما، وكان تفريقه تطليقة بائنة، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلَنَا أَنَّهُ ظَلَمَهَا بِمَنْعِ حَقِّهَا فَجَازَاهُ الشَّرْعُ بِزَوَالِ نِعْمَةِ النِّكَاحِ، فإن قلتَ: فقد ذكر الإمام قاضي خان رحمه الله في باب العنين من «الجامع الصغير»: أن الزوج إذا وطئها مرَّةً، ثم عجز بعد ذلك لا خيار لها؛ لأن ما هو المقصود وهو تأكد المهر والإحصان وغير

المَأْثُورُ عَنْ عُثْمَانَ وَعَلِيٍّ وَالعَبَادِلَةِ الثَّلَاثَةِ وَزَيْدِ ابْنِ ثَابِتٍ - رِضْوَانُ اللهِ عَلَيْهِمْ أَجْمَعِينَ -، وَكَفَى بِهِمْ قُدْوَةً، وَلِأَنَّهُ كَانَ طَلَاقًا فِي الجَاهِلِيَّةِ فَحَكَمَ الشَّرْعُ بِتَأْجِيلِهِ إِلَى انْقِضَاءِ المُدَّةِ.

(فَإِنْ كَانَ حَلَفَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَقَدْ سَقَطَتِ اليَمِينُ) لِأَنَّهَا كَانَتْ مُؤَقَّتَةً بِهِ (وَإِنْ كَانَ حَلَفَ عَلَى الأَبَدِ فَاليَمِينُ بَاقِيَةٌ) لِأَنَّهَا مُطْلَقَةٌ وَلَمْ يُوجَدِ الحِنْثُ لِتَرْتَفِعَ بِهِ

ذلك يحصل بالواحد، وما زادَ على ذلك فهو مستحق ديانةً لا حكماً، فلمَّا لم تكن للمرأة ولاية مطالبة الزوج بالوطء حكماً بعد وطئه إيَّاها مرَّةً، كيف يكون الزوج يمنع ما ليس بمستحق عليه ظالمًا؟

قلتُ: إن لم يكن مستحقًّا عليه حكماً فهو مستحق عليه ديانةً، فلمَّا وجب عليه قضاء حقها في الوطء مرَّة بعد أخرى ديانةً جازاه الشرع بزوال نعمة النكاح بوقوع الطلاق لمنعه ما لها عليه واجب أداؤه ديانةً.

قوله: وَإِنْ كَانَ حَلَفَ عَلَى الأَبَدِ فَاليَمِينُ بَاقِيَةٌ، اعلم أن ذكر لفظ الأبد ليس بشرط في حق هذا الحكم الذي ذكره، بل المراد منه أنه لم يذكر في هذا لفظاً يتقيدُ اليمين بأربعة أشهر، بأن قال: والله لا أقربك أربعة أشهر، فإن الإمام التمرتاشي قال: رجل حلف أن لا يجامع امرأته أبدًا، ولم يقل أبدًا فهو مولٍ إن لم يقربها أربعة أشهر بانت، ثم لو مضت أربعة أشهر أخرى وهي في العدة بأن كانت ممتدة الطهر لم تقع أخرى؛ لأن بالأولى بانت ولم يبق حقُّها في الوطء فلا ينعقد ثانياً، ولو تزوجها ثم مضت أربعة أشهر أخرى منذ تزوج تقع أخرى؛ لأن اليمين باقية وعاد حقها في الوطء فينعقد، وكذا إن تزوجها ثالثاً فإن بانت بالإيلاء ثلاثاً أو بتنجيز الثلاث بطل الإيلاء؛ لبطلان التعليق بالتنجيز فإن قربَها كفَّر لبقاء اليمين، فإن أبانها ثم مضت المدة وهي في العدة بانت؛ لأن البائنَ المعلق يلحق البائن، فإن تزوجها في العدة، أي: قبل الثلاث احتسب بما مضى من المدة لبقاء محل اليمين، وإن تزوجها بعد العدة فهو مولٍ، ويستأنف المدة لزوال محل الطلاق، ولو حلفَ على أربعة أشهر سقط اليمينُ بمضيه.

إِلَّا أَنَّهُ لا يَتَكَرَّرُ الطَّلَاقُ قَبْلَ التَّزَوُّجِ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ مَنْعُ الحَقِّ بَعْدَ البَيْنُونَةِ (فَإِنْ عَادَ فَتَزَوَّجَهَا عَادَ الإِيلاءُ، فَإِنْ وَطِئَهَا وَإِلَّا وَقَعَتْ بِمُضِيِّ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ تَطْلِيقَةٌ أُخْرَى) لِأَنَّ اليَمِينَ بَاقِيَةٌ لِإِطْلَاقِهَا، وَبِالتَّزَوُّجِ ثَبَتَ حَقُّهَا فَيَتَحَقَّقُ الظُّلْمُ وَيَعْتَبِرُ ابْتِدَاءُ هَذَا الإِيلَاءِ مِنْ وَقْتِ التَّزَوُّجِ.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ لا يَتَكَرَّرُ الطَّلَاقُ قَبْلَ التَّزَوُّجِ، وذكر في «المبسوط»: ولم يذكر في الكتاب فصلًا آخر، وهو أنه إذا آلى من امرأته، أي: إيلاءً مطلقـًا من غير أن يقيّده بأربعة أشهر، فبانت بمضي أربعة أشهر هل تنعقد مرة أخرى قبل أن يتزوَّجها أم لا؟ وكان أبو سهل الشَّرغيُّ رحمه الله يقول: تنعقد حتى إذا تمت أربعة أشهر قبل انقضاء عدتها وقعت تطليقة أخرى، وكذلك الثالثة قال: لأن معنى الإيلاء كلّما مضت أربعة أشهرٍ ولم أقربك فيها فأنت طالقٌ تطليقةً بائنةً، ولو صرَّح بهذا كان الحكم فيه ما بيَّنا.

وكان الكرخي رضي الله عنه يقول: لا تنعقد المدة الثانية ما لم يتزوجها، وهذا هو الأصح؛ لأن في انعقاد اليمين ابتداءً لا بُدَّ من اعتبار معنى الإضرار، ولا يتقرر ذلك بعد البينونة ما لم يتزوجها؛ لأنه لا حق لها في الجماع، فلذلك لا تنعقد المدة ما لم يتزوجها.

قوله: فَإِنْ عَادَ فَتَزَوَّجَهَا، أي: تزوجها بعد البينونة بمضي أربعة أشهر وبعد انقضاء عدتها، فإنه لو تزوجها قبل انقضاء عدتها كان ابتداءُ الإيلاء الثانِي من وقت الطلاق لا من وقت التزوج، وقد ذكر هُنا ابتداء الإيلاء من وقت التزوج، عُلم أن التزوج كان بعد انقضاء العدة.

وفي «العُيون»: إذا قال لها: والله لا أقربك سنةً، فمضى أربعة أشهر ولم يقربها حتى بانت منه، ثم تزوجها ثم مضت أربعة أشهر أخرى بانت أيضـًا، فإن تزوجها ثالثـًا لا يقع شيء؛ لأنه لم يبقَ من السنة بعد هذا التزوج أربعة أشهر، كذا في «المحيط».

قوله: وَيَعْتَبِرُ ابْتِدَاءُ هَذَا الإِيلَاءِ مِنْ وَقْتِ التَّزَوُّجِ، وإنما قيَّد **بقوله:** هَذَا الإِيلَاءِ، لما ذكرنا أن هذا الإيلاء الثانِي إنما انعقد بعد انقضاء العدة بالتزوج، فكان هذا احترازًا عن انعقاد الإيلاء الثانِي قبل انقضاء العدة، فإن اعتبار ذلك الإيلاء من وقت الطلاق لا من وقت التزوج؛

(فَإِنْ تَزَوَّجَهَا ثَالِثًا عَادَ الإِيلَاءُ وَوَقَعَتْ بِمُضِيِّ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ أُخْرَى إِنْ لَمْ يَقْرَبْهَا) لِمَا بَيَّنَّاهُ (فَإِنْ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ لَمْ يَقَعْ بِذَلِكَ الإِيلَاءِ طَلَاقٌ) لِتَقَيُّدِهِ بِطَلَاقِ هَذَا المِلْكِ وَهِيَ فَرْعُ مَسْأَلَةِ التَّنْجِيزِ الخِلَافِيَّةِ وَقَدْ مَرَّ مِنْ قَبْلُ (وَاليَمِينُ بَاقِيَةٌ) لِإِطْلَاقِهَا وَعَدَمِ الحِنْثِ (فَإِنْ وَطِئَهَا كَفَّرَ عَنْ يَمِينِهِ) لِوُجُودِ الحِنْثِ (فَإِنْ حَلَفَ عَلَى أَقَلَّ مِنْ أَرْبَعَةِ

لما ذكرنا من رواية الإمام التمرتاشي، وكذا ذكر في «الفتاوى الظهيرية» وقال: ولو تزوجها في العدة تعتبر المدة من وقت وقوع الطلاق الأول.

قوله: وَهِيَ فَرْعُ مَسْأَلَةِ التَّنْجِيزِ الخِلَافِيَّةِ، وَقَدْ مَرَّ مِنْ قَبْلُ، أي: في باب الأيمان في الطلاق وهو **قوله:** وَإِنْ قَالَ لَهَا: إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا ثُمَّ قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا، إلى أن قال: فَدَخَلَتِ الدَّارَ لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ، وَقَالَ زُفَرُ رَحْمَةُ اللهِ عَلَيْهِ: يَقَعُ الثَّلَاثُ.

وفي «المبسوط»: وإذا آلى الرجل من امرأته أنه لا يقربها أبدًا، ثم طلقها ثلاثـًا بطل الإيلاءُ عندنا خلافـًا لزفر؛ لأن الإيلاء طلاقٌ مؤجلٌ، فإنما ينعقد على التطليقات المملوكة ولم يبق شيءٌ منها بعد وقوع الثلاث عليها، وكذلك لو بانت بالإيلاء ثلاث مرَّات ثم تزوجها بعد زوج، لم يكن موليـًا إلا على قول زفر، وإن قربها كفر يمينه؛ لأن الإيلاء وإن لم يبق في حكم الطلاق لنفاذ ملك الطلاق فقد بقيت اليمين، فإذا قربها تمَّ شرطُ الحنث، وليس من ضرورة بقاءِ اليمين بهذه اللفظة حكم الإيلاء، كما لو قال لأجنبية: والله لا أقربك، ثم تزوجها لم يكن موليـًا، وإن قربها كفر عن يمينه.

قوله: وَاليَمِينُ بَاقِيَةٌ، أي: بعد الطلقات الثلاث، ثم علَّل لبقاء اليمين بوصفين: وهما إطلاق اليمين، أي: لم يقيد يمينه بشيء من الأوقات حتى تنقضي اليمينُ بانقضاء ذلك الوقت، بل قال: وَاللهِ لَا أَقْرَبُكِ، أَوْ قَالَ وَاللهِ لَا أَقْرَبُكِ أبدًا، والثاني: عدم الحنث، أي: الحنث معدوم؛ لأن الكلام فيما إذا لم يطأها، ولفظ الكتاب: وَعَدَمِ الحِنْثِ، بالجر بالعطف على: لِإِطْلَاقِهَا.

قوله: فَإِنْ حَلَفَ عَلَى أَقَلَّ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ لَمْ يَكُنْ مُولِيًا، وقال ابن أبي ليلى: هو مولٍ

أَشْهُرٍ لَمْ يَكُنْ مُولِيًا) لِقَوْلِ ابْنِ عَبَّاسٍ: لا إِيلاءَ فِيمَا دُونَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ، وَلِأَنَّ الِامْتِنَاعَ عَنْ قُرْبَانِهَا فِي أَكْثَرِ الْمُدَّةِ بِلَا مَانِعٍ وَبِمِثْلِهِ لا يُثْبِتُ حُكْمَ الطَّلَاقِ فِيهِ.

(وَلَوْ قَالَ وَاللهِ لا أَقْرَبُكِ شَهْرَيْنِ وَشَهْرَيْنِ بَعْدَ هَذَيْنِ الشَّهْرَيْنِ فَهُوَ مُولٍ) لِأَنَّهُ جَمَعَ

إن تركها أربعة أشهر بانت بتطليقةٍ، هكذا كان يقول أبو حنيفة رحمه الله في الابتداء، فلمَّا بلغه فتوى ابن عباس رضي الله عنهما: لا إيلاءَ فيما دون أربعة أشهر رجع عن قوله.

وابن أبي ليلى استدل بظاهر الآية، قال الله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ [البقرة: ٢٢٦] الآية، والإيلاء هو اليمين فتقييد اليمين بمدَّة أربعة أشهر يكون زيادة، ولكنا نقول: المولى من لا يملك قربان امرأة في المدة إلا بشيء يلزمه، وإذا عقد يمينه على شهر فهو يتمكن من قربانها بعد مضي الشهر من غير أن يلزمه شيء، فلم يكن موليـًا، كما لو ترك مجامعتها في المدَّة من غير يمين، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلِأَنَّ الِامْتِنَاعَ عَنْ قُرْبَانِهَا فِي أَكْثَرِ الْمُدَّةِ بِلَا مَانِعٍ، هذا التعليل على تقدير وضع صورة المسألة في شهرٍ واحدٍ، كما حكينا من رواية «المبسوط»، فعلى هذا يكون الامتناع في أكثر مدة الإيلاء، وهو ثلاثة أشهر بلا يمين تمنعُه عن القربان فلا يكون موليـًا، كما أنه لو لم يقربها أربعة أشهر أو أكثر أو أقل بلا يمين لا يقع الطلاق بمضي أربعة أشهر، أو نقول: المراد من أكثر المدَّة هو أربعة أشهر، وأربعة أشهر أكثر من المدة التي حلف عليها وهي ثلاثة أشهر، أو ما هو أقل من أربعة أشهر مطلقـًا، وفي أربعة أشهر الإيلاء معدوم؛ لأن الكلام فيما إذا كان حلفه في أقل من أربعة أشهر، فيصح قوله: أن الامتناع في أكثر المدة بلا يمين لا يوجب وقوع الطلاق بالإجماع، فإنه لو لم يقربها أبدًا بدون الإيلاء لا يقع الطلاق بمضي أربعة أشهر، وقيل: لفظ الأكثر وقع مقحمـًا، وبعد ذلك التقريب ظاهر.

قوله: وَبِمِثْلِهِ - أي: وبمثل الحلف الذي انعقد على ما دون أربعة أشهر - لا يُثْبِتُ حُكْمَ الطَّلَاقِ، بمضي أربعة أشهر.

قوله: وَلَوْ قَالَ وَاللهِ لا أَقْرَبُكِ شَهْرَيْنِ وَشَهْرَيْنِ بَعْدَ هَذَيْنِ الشَّهْرَيْنِ فَهُوَ مُولٍ، وكذلك

بَيْنَهُمَا بِحَرْفِ الجَمْعِ فَصَارَ كَجَمْعِهِ بِلَفْظِ الجَمْعِ (وَلَوْ مَكَثَ يَوْمًا ثُمَّ قَالَ وَاللهِ لَا أَقْرَبُكِ شَهْرَيْنِ بَعْدَ الشَّهْرَيْنِ الأَوَّلَيْنِ لَمْ يَكُنْ مُولِيًا) لِأَنَّ الثَّانِيَ إِيجَابٌ مُبْتَدَأٌ وَقَدْ صَارَ مَمْنُوعًا بَعْدَ اليَمِينِ الأُولَى شَهْرَيْنِ وَبَعْدَ الثَّانِيَةِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ إِلَّا يَوْمًا مَكَثَ فِيهِ فَلَمْ تَتَكَامَلْ مُدَّةُ المَنْعِ (وَلَوْ قَالَ وَاللهِ لَا أَقْرَبُكِ سَنَةً إِلَّا يَوْمًا لَمْ يَكُنْ مُولِيًا) خِلَافًا لِزُفَرَ، هُوَ يَصْرِفُ الِاسْتِثْنَاءَ إِلَى آخِرِهَا اعْتِبَارًا بِالإِجَارَةِ فَتَمَّتْ مُدَّةُ المَنْعِ.

لو قال: والله لا أقربك شهرين وشهرين، كان موليـًا، أمَّا لو قال: والله لا أقربك شهرين ومكث يومـًا أو ساعةً، ثم قال: والله لا أقربك شهرين، لم يكن موليـًا، وقد صرَّح بذكر الساعة الإمام قاضي خان، والإمام المحبوبي رحمهما الله.

والفرق بينهما راجع إلى أن في المسألتين الأولتين إنَّما يصير موليـًا لوجود العلتين، فإحدى العلتين هي أنه لم يعُد ذكر اسم الله تعالى في المعطوف ولا حرف النفي، فكان المعطوف داخلًا في حكم المعطوف عليه بحرف الجمع، فصار كأنه جمع بلفظ الجمع وقال: واللهِ لا أقربك أربعة أشهر، والعلة الثانية هي أن السكوت لم يوجد بعد ذكر المعطوف عليه بيوم أو ساعةٍ فلم يكن المجموع منقوصـًا عن أربعة أشهر فيكون موليـًا.

وأمَّا في المسألة الثالثة فلم يوجد إحدى العلتين بل انعدمت كلتاهما، فإنه أعادَ ذكر اسم الله تعالى في المعطوف، فكان كل واحدٍ من المعطوف والمعطوف عليه يمينـًا على حدة، وليس في كل واحدٍ منهما نصاب مدة الإيلاء، وكذلك سكت بعد ذكر المعطوف عليه، فكان المجموعُ أربعة أشهر إلا يومـًا أو إلا ساعةً، والنقصان من أربعة أشهر مانع لانعقاد الإيلاء.

وكذلك لو قال: وَاللهِ لَا أَقْرَبُكِ شَهْرَيْنِ وَلَا شَهْرَيْنِ، حيث لا يصير موليـًا؛ لأن عند إعادة حرف النفي صار الثانِي إيجابـًا آخر، وإذا كان كذلك صارا أَجَلين فتداخلا، ألا ترى أن من قال: والله لا أكلم فلانـًا يومين ولا يومين، إن اليمينَ تنقضي بيومين؛ لأنه أعاد كلمة النفي فصار الثانِي منفردًا عن الأول، فتداخل وقتهما بَعْد الانفراد؛ لأن الوقت الواحد يصلح وقتـًا لأيمان كثيرة.

وَلَنَا أَنَّ المَوْلَى مَنْ لَا يُمْكِنُهُ القُرْبَانُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ إِلَّا بِشَيْءٍ يَلْزَمُهُ وَهَاهُنَا يُمْكِنُهُ لِأَنَّ المُسْتَثْنَى يَوْمٌ مُنَكَّرٌ، بِخِلَافِ الإِجَارَةِ لِأَنَّ الصَّرْفَ إِلَى الآخِرِ لِتَصْحِيحِهَا فَإِنَّهَا لا تَصِحُّ مَعَ التَّنْكِيرِ وَلَا كَذَلِكَ اليَمِينُ.

وألا ترى أن الرجل يقول: والله لا أكلم فلاناً شهرًا، ولا أدخل هذه الدار شهرًا، ولا آكل هذا الطعام شهرًا، فمضى شهر واحد ينتهي الأيمان كلها، فكذلك هاهُنا إذا مضى شهران، فقد مضت مدة كل واحدة من اليمنين، فيمكنه قربان امرأته في مدة الإيلاء بغير شيء يلزمه فلا يصيرُ مُوليـًا، بخلاف **قوله**: وَشَهْرَيْنِ، فإنه لمَّا لم يفرد مدة الثانية تبقى على حدة صار الكل مدةً واحدةً، ألا ترى أن من قال: بعتُ منك العبد بألف درهم إلى شهر وشهر، إنه بمنزلة قوله: إلى شهرين، وكذلك لو قال: لا أكلمك يومـًا ويومين، إنه بمنزلة قوله: إلى ثلاثة أيام، بخلاف ما إذا سكت، أو أعاد اسم الله تعالى، أو حرف النفي على ما ذكرنا.

ثم في المسألة الثالثة وهي: ما إذا قال ثانيـًا بعد المكث: والله لا أقربك شهرين، لما لم يكن موليـًا لو قربها قبل مضي شهرين يجب عليه كفارتان، لتعدد لفظ اليمين بخلاف الأولتين، كذا في «الجامع الصغير» لفخر الإسلام، وقاضي خان، والمحبوبي رحمهم الله.

قوله: لِأَنَّ المُسْتَثْنَى يَوْمٌ مُنَكَّرٌ، فلما كان يومـًا منكرًا كان ما من يوم يمر عليه بَعْد يمينه إلا ويمكنه أن يجعله اليوم المستثنى، فيقربها فيه من غير أن يلزمه شيءٌ، ثمَّ أن ذلك اليوم لما كان منكرًا لو صرفنا ذلك اليوم إلى آخر السنة كان معينـًا ولم يبق منكرًا، وتغيير كلامه من غير حاجة لا يجوز، وفي الإجارات دعت الحاجة إلى ذلك؛ لأنا لو جعلنا اليوم منكرًا فيها لم يصح العقد للجهالة، ولا حاجة هنا؛ لأن الجهالة لا تمنع انعقاد اليمين، فلذلك جعلنا اليوم المستثنى منكرًا كما نكره، كذا في «المبسوط».

فإن قلتَ: يشكل على هذا ما إذا قال لغيره: والله لا أكلمك سنة إلا يومـًا، فإن اليوم مستثنى وهو نكرةٌ، ومع ذلك ينصرف إلى آخر السنة وإن كان ذكره في اليمين، وكذلك يشكل على هذا أيضًا ما لو قال: والله لا أقربك إلا نقصان يوم، أو قال لغيره في التأجيل أجلتك سنة إلا يومـًا ينصرف اليومُ إلى آخر السنة.

(وَلَوْ قَرِبَهَا فِي يَوْمٍ وَالبَاقِي أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ أَوْ أَكْثَرَ صَارَ مُولِيًا) لِسُقُوطِ الِاسْتِثْنَاءِ

قلتُ: أمَّا الأولى فإن الحامل له على ذلك اليمين مغايظة، والمغايظة في الحال قائمة فلذلك صرفَ ذلك اليوم المستثنى إلى الآخر.

وأمَّا المسألة الثانية؛ لأن لفظ النقصان يصرف اليوم المستثنى إلى آخر يوم من السنة؛ لأن النقصان لا يكون إلا من آخر المدة، فذلك تنصيص على أن المستثنى آخر يوم من السنة.

وأمَّا المسألة الثالثة فإنما انصرفَ اليوم المستثنى إلى الآخر؛ لأن المقصود من التأجيل التأخير، فلو لم يحمل على آخر السنة لا يحصل المقصود.

ثم تنكير اليوم في قوله: وَاللهِ لا أَقْرَبُكِ سَنَةً إِلَّا يَوْمًا، على خلاف التنكير في قوله: لا يقربُ واحدة منهنَّ، لنسوته الأربع؛ لما أن شيوع اليوم في ذاك لا على طريق التعميم بل على طريق البدلية، وصلاحية كل يومٍ لما استثناه؛ لأنه نكرة في موضع الإثبات فيخص، بخلاف قوله: واحدة، فإن ذلك على طريق التعميم والشمول، بيان ذلك أن من كان تحته أربع نسوة فحلف وقال: لا يقرب واحدة منهن، فهو مول منهنَّ، فإن مضت أربعة أشهرٍ بنَّ جميعـًا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله؛ لما أنه ذكر الواحدة منكرة في موضع النفي؛ لأن القربانَ منفي والنكرة في النفي يعم.

بخلاف النكرة في الإثبات؛ لما عرف من الفرق بين قوله: رأيت اليوم رجلًا، وبين قوله: ما رأيت اليوم رجلًا، لما أن معنى التنكير في محل النفي لا يتحقق إلا بالتعميم، ففيما يبتني على نفي القربان وهو وقوع الطلاق عند مضي المدة بتناولهن جميعـًا كلامه، وفيما يبتني على وجود القربان وهو الكفارة يتناول كلامه إحداهن؛ فلهذا إذا قرب واحدةً منهن لزمته الكفارة، وسقط الإيلاء عنهن؛ لأن اليمين لم يبق بعد تمام شرط الحنث.

وهذا بخلاف قوله: إحداكن، حيثُ يصير موليـًا من واحدة منهن في حق الطلاق والكفارة جميعـًا، حتى إذا تركهن ولم يجامعهن أربعة أشهر بانت منهنَّ واحدة لا بعينها، فإن معنى التعميم هناك لا يتحقق، ألا ترى أنه لو قرن بكلامه حرف (كل) بأن قال: كل إحداكن، لا يتناولهن جميعـًا، ولو قال: كل واحدة منكن يتناولهن جميعـًا، فكذلك بسبب التنكير

(وَلَوْ قَالَ وَهُوَ بِالبَصْرَةِ وَاللهِ لا أَدْخُلُ الكُوفَةَ وَامْرَأَتُهُ بِهَا لَمْ يَكُنْ مُولِيًا)؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ القُرْبَانُ مِنْ غَيْرِ شَيْءٍ يَلْزَمُهُ بِالإِخْرَاجِ مِنَ الكُوفَةِ.

قَالَ: (وَلَوْ حَلَفَ بِحَجٍّ أَوْ بِصَوْمٍ أَوْ بِصَدَقَةٍ أَوْ عِتْقٍ أَوْ طَلَاقٍ فَهُوَ مُولٍ) لِتَحَقُّقِ المَنْعِ بِاليَمِينِ وَهُوَ ذِكْرُ الشَّرْطِ وَالجَزَاءِ، وَهَذِهِ الأَجْزِيَةُ مَانِعَةٌ لِمَا فِيهَا مِنَ المَشَقَّةِ،

في موضع النفي، كذا في «المبسوط».

قوله: لَمْ يَكُنْ مُولِيًا؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ القُرْبَانُ مِنْ غَيْرِ شَيْءٍ يَلْزَمُهُ بِالإِخْرَاجِ مِنَ الكُوفَةِ، فإن قلتَ: يشكل على هذا الأصل ما إذا حلفَ على أربعة نسوة لا يقربهنَّ، فهو مولٍ منهن إن تركهن جميعـًا أربعة أشهر بنَّ بالإيلاء عندنا، خلافـًا لزُفر، مع أن له أن يطأ كل واحدة منهن إلى أن يأتِي الثلاثَ منهنَّ من غير شيء يلزمه؛ لما أن الحنث لا يتعلق بأجزاء المحلوف قبل أن يأتِي بالكل، كما لو حلف لا يدخل هذه الدورَ الأربعَ، له أن يدخل كل واحدة منها من غير حنثٍ ما لم يدخل الكل.

ثم في مسألة الحلف على أربع نسوة بنفي القربان مولٍ في الحال في حق كل واحدة منهن، علم أن إمكان القربان من غير شيء يلزمُه لا يمنع صحة الإيلاء.

قلتُ: بل يمنع؛ وإنما صار موليـًا في تلك المسألة مع إمكان القربان على ما ذكرت؛ لأن الحالف مضارٌّ متعنتٌ في حق كل واحدة منهن يمنع حقها في الجماع، فيكون موليـًا من كل واحدة منهن، كما لو عقد يمينه على كل واحدة منهن على الانفراد، إلا أنه لا يلزمه الكفارة بقربان بعضهن؛ لأن الكفارة موجب الحنث فلا يجب ما لم يتم شرط الحنث، ولكن عند تمام الشرط لا يكون وجوب الكفارة بقربان الآخرة فقط بل بقربانهن جميعًا.

فأمَّا وقوع الطلاق في الإيلاء فباعتبار البر، وذلك يتحققُ في كل واحد منهن، فلهذا بنَّ بمضي المدة، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلَوْ حَلَفَ بِحَجٍّ، بأن قال: إن قربتك فعليَّ حجة.

وَصُورَةُ الحَلِفِ بِالعِتْقِ أَنْ يُعَلِّقَ بِقُرْبَانِهَا عِتْقَ عَبْدِهِ، وَفِيهِ خِلَافُ أَبِي يُوسُفَ فَإِنَّهُ يَقُولُ: يُمْكِنُهُ البَيْعُ ثُمَّ القُرْبَانُ فَلَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ وَهُمَا يَقُولانِ البَيْعُ مَوْهُومٌ فَلَا يَمْنَعُ المَانِعِيَّةَ فِيهِ، وَالحَلِفُ بِالطَّلَاقِ أَنْ يُعَلِّقَ بِقُرْبَانِهَا طَلَاقَهَا أَوْ طَلَاقَ صَاحِبَتِهَا وَكُلُّ ذَلِكَ مَانِعٌ.

(وَإِنْ آلَى مِنَ المُطَلَّقَةِ الرَّجْعِيَّةِ كَانَ مُولِيًا، وَإِنْ آلَى مِنَ البَائِنَةِ لَمْ يَكُنْ مُولِيًا) لِأَنَّ الزَّوْجِيَّةَ قَائِمَةٌ فِي الأُولَى دُونَ الثَّانِيَةِ، وَمَحَلُّ الإِيلَاءِ مَنْ تَكُونُ مِنْ نِسَائِنَا بِالنَّصِّ،

قوله: البَيْعُ مَوْهُومٌ فَلَا يَمْنَعُ المَانِعِيَّةَ فِيهِ، أي: في الإيلاء؛ ولأن البيع لا يتم به وحده، وربَّما لا يجد في المدة مشترياً يشتريه منه، وبهذا الفرق بين هذا وبين مسألة الكوفة، ولكن إن باع العبد سقط الإيلاء عنه؛ لأنه صار بحال يملك قربانها من غير أن يلزمه شيء، فإن اشتراه لزمه الإيلاء من وقت الشراء؛ لأنه صار بحالٍ لا يملك قربانها إلا بعتق يلزمه.

ولو كان جامعها بعد ما باعه ثم اشتراه لم يكن موليًا؛ لأن اليمين قد سقطت بوجود شرط الحنث بعد بيع العبد، وإن مات العبد قبل أن يبيعه سقط الإيلاء؛ لأنه يتمكن من قربانها بعد موت العبد من غير أن يلزمه شيء، كذا في «المبسوط».

قوله: وَإِنْ آلَى مِنَ المُطَلَّقَةِ الرَّجْعِيَّةِ كَانَ مُولِيًا، فإن قلتَ: تحقق الإيلاء لجزاء الظلم الذي وُجد من الزوج بمنع حقها، فلذلك لم يثبت في حق الأمة وثبت في حق المنكوحة؛ لما أن للمنكوحة ولايةَ المطالبة ديانة دون الأمة على ما مرَّ، ثم المطلقة الرجعية لا حق لها أصلًا في الجماع، لا قضاءً ولا ديانةً، ولهذا لم يكن لها ولاية المطالبة بذلك، حتى أن المستحب للزوج أن يراجعها بدون الجماع لما مرَّ، فلم يكن الزوج مانعـًا حقها فلا يكون ظالمـًا، فينبغي أن لا يترتب عليه جزاء الظلم الذي هو تحقق الإيلاء.

قلتُ: قال الإمام العلامة مولانا شمس الأئمَّة الكردري رحمه الله في جواب هذه الشبهة: إن الحكم في المنصوص مضافٌ إلى النص لا إلى المعنى، والمطلقة الرجعية من نسائنا

فَلَوِ انْقَضَتِ العِدَّةُ قَبْلَ انْقِضَاءِ مُدَّةِ الإِيلَاءِ سَقَطَ الإِيلَاءُ لِفَوَاتِ المَحَلِّيَّةِ.

(وَلَوْ قَالَ لِأَجْنَبِيَّةٍ وَاللهِ لا أَقْرَبُكِ أَوْ أَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي ثُمَّ تَزَوَّجَهَا لَمْ يَكُنْ مُولِيًا وَلا مُظَاهِرًا) لِأَنَّ الكَلَامَ فِي مَخْرَجِهِ وَقَعَ بَاطِلًا لِانْعِدَامِ المَحَلِّيَّةِ فَلَا يَنْقَلِبُ صَحِيحًا بَعْدَ ذَلِكَ (وَإِنْ قَرِبَهَا كَفَّرَ) لِتَحَقُّقِ الحِنْثِ إِذِ اليَمِينُ مُنْعَقِدَةٌ فِي حَقِّهِ.

بالنص وهو قوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، والبعل هو الزوج فكانت المرأة من نسائه، فكان الحكم المرتب على نساء الأزواج بقوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ [البقرة: ٢٢٦] مرتبـًا على المطلقة الرجعة.

قوله: وَلَوْ قَالَ لِأَجْنَبِيَّةٍ وَاللهِ لا أَقْرَبُكِ ... ثُمَّ تَزَوَّجَهَا لَمْ يَكُنْ مُولِيًا، هذا إذا لم يثبت الإيلاء في ضمن التعليق بالملك.

وأمَّا إذا ثبت فيصح بأن قال لأجنبية: إن تزوجتك فوالله لا أقربك، فتزوجها كان موليـًا؛ لأنه علق الإيلاء بالتزوج، والمتعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز.

قوله: لِانْعِدَامِ المَحَلِّيَّةِ؛ لأن المحل كون المرأة من نسائنا، فصار كبيع الحرِّ فصار باطلًا.

قوله: إِذِ اليَمِينُ مُنْعَقِدَةٌ فِي حَقِّهِ، أي: في حق الحنث؛ لأن اليمين تعمدُ تصور المحلوف عليه من الفعل حسًّا، ولا يُعتمد حل ذلك الفعل وحرمته، بدليل أنه ينعقد على ما هو حرامٌ محض بأن قال: والله لأشربن في هذا اليوم خمرًا فمضى اليوم ولم يشرب حنث.

وفي «المبسوط» ذكر مسألة ثم قال: وبهذا يتبين أن أحد الحكمين غير معتبر بالآخر، أراد بالحكمين الطلاق بمضي مدة الإيلاء، والكفارة بوجود الحنث، ألا ترى أنه إذا قال: إذا جاء غدٌ فوالله لا أقربك؛ ثم قال: ثانيـًا وثالثـًا فجاء الغدُ، ينعقد ثلاث أيمان في حكم الكفارة ومدة واحدة في حكم الطلاق، فإن عند مضي أربعة أشهر يقع تطليقة بائنة لا غير، كما لو لم يكرر، وعلى عكس هذا لو قال: كلما دخلتِ الدار فوالله لا أقربك، فدخل الدار ثلاث مرَّات في ثلاثة أيام، ينعقد ثلاث إيلاءات في حكم الطلاق، ولو قربها يلزمه

(وَمُدَّةُ إِيلاءِ الأَمَةِ شَهْرَانِ) لِأَنَّ هَذِهِ مُدَّةٌ ضُرِبَتْ أَجَلا لِلْبَيْنُونَةِ فَتَتَنَصَّفُ بِالرِّقِّ كَمُدَّةِ العِدَّةِ. (وَإِنْ كَانَ المُولِيُ مَرِيضًا لا يَقْدِرُ عَلَى الجِمَاعِ أَوْ كَانَتْ مَرِيضَةً أَوْ رَتْقَاءَ أَوْ صَغِيرَةً لا تُجَامَعُ أَوْ كَانَتْ بَيْنَهُمَا مَسَافَةٌ لا يَقْدِرُ أَنْ يَصِلَ إِلَيْهَا فِي مُدَّةِ الإِيلَاءِ فَفَيْؤُهُ أَنْ يَقُولَ بِلِسَانِهِ فِئْتُ إِلَيْهَا فِي مُدَّةِ الإِيلَاءِ، فَإِنْ قَالَ ذَلِكَ سَقَطَ الإِيلَاءُ)

كفارة واحدة، ولو قال: والله لا أقربك إذا جاء غدٌ، والله لا أقربك إذا جاء بعد غد، يصير مولياً عند الغد، وبعد الغد أيضاً بإيلاءٍ آخر، وهما يمينان في حق الكفارة لتعدد اللفظين، وإيلاءان في حق البرّ لتعدد المدتين.

قوله: وَمُدَّةُ إِيلاءِ الأَمَةِ شَهْرَانِ، وقال الشافعي رحمه الله: مدتها كمدة إيلاء الحرة، وهذا يبتني على الأصل الذي ذكرنا: أن عند الخصم المدَّة ضُربت لإظهار الظلم بمنع الحق في الجماع، والحرة والأمة في ذلك سواء، وعندنا شرعت أجلًا للبينونة، فشابهت مدة العدة فينتصف بالرق؛ لأنه من حقوق النكاح، كذا في «الإيضاح».

قوله: وَإِنْ كَانَ المُولِيُ مَرِيضًا، إلى آخره، فإن قيل: ينبغي أن لا يصح إيلاء المريض؛ لأن الحكم بوقوع الطلاق عند انقضاء أربعة أشهر للحاجة إلى دفع الظلم عنها؛ لأن الوقاع حق مستحق لها، وهو بالامتناع يصير ظالماً ولا حق لها في الوقاع في حالة المرض، فلا يكون هو ظالماً بالامتناع بقوله: والله لا أقربك.

قلنا: النص يقتضي صحة الإيلاء من النساء مطلقاً غير مقيّد بوصف الصحة، وفيما ذكر من التعليل إبطال حكم النص، والتعليل بوجه يبطل حكم النص باطل؛ لأن الحكم في موضع النص ثابت بالنص لا بالعلة، كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي في أول كتاب البيوع.

ولأن المرض قد يطول وقد يقصر، فكان هو ظالماً على تقدير أن يقصر مرضه من أربعة أشهر، إلى هذا أشار في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: وَإِنْ كَانَ المُولِيُ مَرِيضًا، إلى أن قال: فَفَيْؤُهُ أَنْ يَقُولَ بِلِسَانِهِ فِئْتُ إِلَيْهَا، هذا إذا كان المولى مريضاً حين آلى، وتمَّت أربعة أشهر وهو مريض، وكذلك إن اتصل مرضه

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لا فَيْءَ إِلَّا بِالجِمَاعِ وَإِلَيْهِ ذَهَبَ الطَّحَاوِيُّ، لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ فَيْئًا لَكَانَ حِنْثًا، وَلَنَا أَنَّهُ آذَاهَا بِذِكْرِ المَنْعِ فَيَكُونُ إِرْضَاؤُهَا بِالوَعْدِ بِاللِّسَانِ، وَإِذَا ارْتَفَعَ الظُّلْمُ لا يُجَازَى بِالطَّلَاقِ (وَلَوْ قَدَرَ عَلَى الجِمَاعِ فِي المُدَّةِ بَطَلَ ذَلِكَ الفَيْءُ وَصَارَ فَيْؤُهُ بِالجِمَاعِ) لِأَنَّهُ قَدَرَ عَلَى الأَصْلِ قَبْلَ حُصُولِ المَقْصُودِ بِالخَلَفِ.

بالإيلاء معًا، وأمَّا إذا كان صحيحًا حين الإيلاء وبقي صحيحًا بعد إيلائه مقدارَ ما يستطيع فيه أن يجامعها، ثم مرِض بعد ذلك لم يكن فيئُه إلا بالجماع.

وقال زفر رحمه الله: ففيئُه باللسان لتحقق عجزه عن الجماع، والمعتبر عندنا آخر المدَّة، كما لو كان واجدًا الماء في أول الوقت فلم يتوضأ حتى عُدِم الماء جاز له أن يصلي بالتيمم، ولكنا نقول: لمَّا تمكن من جماعها فقد تحقَّق منه الإضرارُ والتعنتُ بمنع حقها في الجماع، فلا يكون رجوعه إلا بإيفاء حقها في الجماع، فأمَّا إذا كان مريضًا حين آلى ثمَّ صح قبل تمام أربعة أشهر لم يكن فيئُه إلا بالجماع، ويستوي إن كان فاء إليها في مرضه أو لم يف؛ لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل، فإن تمام المقصود بمضي المدة.

قوله: لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ فَيْئًا لَكَانَ حِنْثًا؛ لأن المتعلق بالفيء حكمان: وجوب الكفارة، وامتناعُ حكم الفرقة، ثمَّ الفيءُ باللسان لا يعتبر في أحد الحكمين وهو الكفارة، فكذلك في حكم الآخر.

ولكنا نقول: الكفارة تجبُ بالحنث، والحنث لا يتحقق بالفيء باللسان، فأمَّا وقوع الطلاق عند مضي المدة فباعتبار معنى الإضرار والتعنت، وذلك ينعدم بالفيء باللسان عند العجز عن الفيء بالجماع، فكان الفيءُ بالجماع أصلًا وباللسان بدلًا منه؛ لأن الفيء عبارة عن الرجوع، وإذا كان قادرًا على الجماع فإنما قصد الإضرار بمنع حقها في الجماع، ففيئُه بالرجوع عن ذلك بأن يجامعها.

وإذا كان عاجزًا عن الجماع فلم يكن قصده الإضرارَ بمنع حقها في الجماع، فإنه لا حق لها في الجماع في هذه الحالة، وإنما قصد الإضرار بإيحاشها بلسانه ففيئُه بالرجوع عن

(وَإِذَا قَالَ لِامْرَأَتِهِ أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ سُئِلَ عَنْ نِيَّتِهِ)، فَإِنْ قَالَ أَرَدْتُ الكَذِبَ فَهُوَ كَمَا قَالَ لِأَنَّهُ نَوَى حَقِيقَةَ كَلَامِهِ، وَقِيلَ لا يُصَدَّقُ فِي القَضَاءِ لِأَنَّهُ يَمِينٌ ظَاهِرًا (وَإِنْ قَالَ

ذلك، بأن يرضيها بلسانه؛ لأن التوبة بحسب الجناية، ومذهبنا مرويٌّ عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما، كذا في «المبسوط».

قوله: وَإِذَا قَالَ لِامْرَأَتِهِ أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ، إلى آخره، والألفاظ التي يقع بها الإيلاء ضربان: صريحٌ وكناية.

فالصريح نحو قوله: لا أقربك، لا أجامعك، لا أطؤك، لا أباضعك، لا أغتسلن منك من جنابة، أمَّا الكناية فكقوله: لا أمسك، لا آتيك، لا أدخل بك، لا أغتشاك؛ لا يجمع رأسي ورأسها شيءٌ، أو لا يضاجعها، أو لا يقرب فراشها، فما لم ينو لا يكون إيلاءً، كذا في «الفتاوى الظهيرية».

وإن آلى من امرأته ثم قال لامرأة له أخرى: قد أشركتك في إيلاء هذه كان باطلًا؛ لأن الإشراك يُغيّر حكم يمينه، فإنه قبل الإشراك كان يحنث بقربان الأولى، وبعد الإشراك لا يحنث بقربان الأولى ما لم يقربها، كما لو قال: والله لا أقربكما، وهو لا يملك تغيير حكم اليمين مع بقائها، وبه فارق حكم الظهار؛ لأن إشراك الثانية لا يغير حكم الظهار في الأولى، هذا فيما إذا لم يقل للأولى بلفظ قوله: أنتِ عليَّ حرامٌ.

أمَّا لو قال لامرأته: أنت عليَّ حرام، ثم قال لامرأةٍ أخرى له: أشركتك معها، كان موليًا فيهما؛ لأن الإشراك هاهُنا لا يغير موجب اليمين، فإنه لو قال لهما: أنتما عليَّ حرام، يصير موليـًا من كل واحدة منهما، ويلزمه الكفارة بوطء كل واحدة منهما، بخلاف قوله: والله لا أقربكما، والفقه فيه أن قوله: والله لا أقربكما، إنما صار يمينـًا موجبـًا للكفارة، باعتبار هتك حرمة اسم الله تعالى بمباشرة الشرط، وذلك لا يتحقق إلا بقربانها.

أمَّا قوله: أنتما عليَّ حرام، إنما صار إيلاءً باعتبار معنى التحريم، وذلك موجود في حق كل واحدة منهما على حدة، كذا في «المبسوط»، و«المحيط».

قوله: لِأَنَّهُ نَوَى حَقِيقَةَ كَلَامِهِ؛ لأن امرأته حلال له، **وقوله:** أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ، كذب

أَرَدْتُ الطَّلَاقَ فَهِيَ تَطْلِيقَةٌ بَائِنَةٌ إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ الثَّلَاثَ) وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الكِنَايَاتِ (وَإِنْ قَالَ أَرَدْتُ الظِّهَارَ فَهُوَ ظِهَارٌ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَيْسَ بِظِهَارٍ لِانْعِدَامِ التَّشْبِيهِ بِالمُحَرَّمَةِ وَهُوَ الرُّكْنُ فِيهِ، وَلَهُمَا أَنَّهُ أَطْلَقَ الحُرْمَةَ وَفِي الظِّهَارِ نَوْعُ حُرْمَةٍ وَالمُطْلَقُ يَحْتَمِلُ المُقَيَّدَ.

(وَإِنْ قَالَ أَرَدْتُ التَّحْرِيمَ أَوْ لَمْ أُرِدْ بِهِ شَيْئًا فَهُوَ يَمِينٌ يَصِيرُ بِهِ مُولِيًا) لِأَنَّ الأَصْلَ فِي تَحْرِيمِ الحَلَالِ إِنَّمَا هُوَ يَمِينٌ عِنْدَنَا وَسَنَذْكُرُهُ فِي الأَيْمَانِ إِنْ شَاءَ اللهُ، وَمِنَ المَشَايِخِ مَنْ يَصْرِفُ لَفظَةَ التَّحْرِيمِ إِلَى الطَّلَاقِ مِنْ غَيْرِ نِيَّةٍ بِحُكْمِ العُرْفِ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

وإرادة الكذب من الكلام الكذب حقيقةٌ له.

وذكر في «المحيط»: وإن قال: نويتُ به الكذب، فهو كذب ولا حكم له، ويصدقه القاضي؛ لأنه فسَّر لفظه بما يقتضيه ظاهرُه، وهو نظير ما لو قال لامرأته: أنت حرَّة، وقال: أردتُّ نعتها بالحرية لا الطلاق، يدينُ في القضاء، هكذا ذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله.

وقال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: قالوا لا يصدق في القضاء؛ لأنه يمين ظاهرًا؛ لأنه تحريم الحلال وتحريم الحلال يمينٌ، لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ﴾ [التحريم: ١] إلى قوله: ﴿قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَٰنِكُمْ﴾ [التحريم: ٢]، سمى الله تعالى تحريم الحلال يميناً.

قوله: وَهُوَ الرُّكْنُ فِيهِ، أي: التشبيه ركن في الطهارة.

(بَابُ الخُلْعِ)

باب الخلع

كان من حقِّه أن يلحق بأبواب الطلاق؛ لما أنه طلاق بعوض بلفظ الخلع، لكن لمَّا كانت فيه جهة المعاوضة خصوصًا في جانب المرأة تباعد عن حكم الطلاق المطلق، الذي هو إسقاط محض، فأولى الطلاق ما هو أقرب شبهًا به وهو الطلاق بالإيلاء، ثم أولى الطلاق بالإيلاء الخلع؛ لأن الخلع أقرب شبهًا به من الظهار واللعان من حيث الإباحة، فلذلك قدم الخلع على الظهار.

ثم للخلع تفسير لغوي، وشرعي، وشرط، وحكم، وصفة.

أمَّا لغةً: فإنه يقال خالعت المرأة زوجها، واختلعت منه إذا افتدت منه بمالها، فإذا أجابها الزوج إلى ذلك فطلقها قيل خلعها، والاسم الخُلع بالضم، وإنما قيل ذلك؛ لأن كلًّا منهما لباس لصاحبه، قال الله تعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ﴾ [البقرة: ١٨٧]، فإذا فعلا ذلك فكأنَّهما نزعا لباسهما.

وأمَّا شرعًا: فهو عبارة عن أخذ مال من المرأة بإزاء ملك النكاح بلفظ الخلع.

وأمَّا شرطه: فما هو شرط الطلاق.

وأمَّا حكمه: فوقوع الطلاق البآئن عندنا، وانفساخ النكاح عند الشافعي.

وأمَّا صفته: فيمين من جانب الزوج ومعاوضة من جانب المرأة عند أبي حنيفة رحمه الله، وأمَّا عندهما فيمين من الجانبين على ما يأتِي بيان ثمرة الخلاف.

(وَإِذَا تَشَاقَّ الزَّوْجَانِ وَخَافَا أَنْ لا يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ فَلَا بَأْسَ بِأَنْ تَفْتَدِيَ نَفْسَهَا مِنْهُ بِمَالٍ يَخْلَعُهَا بِهِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩] (فَإِذَا فَعَلَا ذَلِكَ وَقَعَ بِالْخُلْعِ تَطْلِيقَةٌ بَائِنَةٌ وَلَزِمَهَا الْمَالُ) لِقَوْلِهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «الْخُلْعُ تَطْلِيقَةٌ بَائِنَةٌ» وَلِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ الطَّلَاقَ حَتَّى صَارَ مِنَ الْكِنَايَاتِ،

قوله: وَإِذَا تَشَاقَّ الزَّوْجَانِ، أي اختلفا وتخاصما، مشتقٌّ من الشقِّ وهو الجانبُ، وإنما سمي به لأن كل واحد من المتشاقين يأخذ شِقًّا خلاف شِقِّ صاحبه، وهذا كالتخاصم والتعادي، فإن كل واحد من المتخاصمين والمتعادين يأخذ خِصمًا وهو الجانب، وعُدْوَةً وهي جانب الوادي خلاف جانب صاحبه.

قوله: وَخَافَا أَنْ لا يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ، أي ما يلزمهما من مواجب الزوجية.

قوله: فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ، أي: فلا جناح على الرجل فيما أخذ، ولا على المرأة فيما أعطت، سمَّى الله تعالى ما أعطته فداءً من فَدَاه من الأسر، استنقذه لما أن النساء عِوان(١) عند الأزواج بالحديث، فكان المال الذي يعطى في تخليصهن فداءً.

قوله: فَإِذَا فَعَلَا ذَلِكَ وَقَعَ بِالْخُلْعِ تَطْلِيقَةٌ بَائِنَةٌ، وهذا عندنا، وفي أحد قولي الشافعي رحمه الله: هو فسخ، وهو مرويٌّ عن ابن عباس رضي الله عنهما، وقد رُوي رجوعه إلى قول عامة الصحابة، واستدل الشافعي رحمه الله بقوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾ إلى قوله: ﴿فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦۗ﴾ إلى قوله: ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٢٩-٢٣٠]، فلو جعلنا الخلع طلاقًا صارت التطليقات أربعًا في سياق هذه الآية، ولا يكون الطلاق أكثر من ثلاث؛ ولأن النكاح عقد محتمل للفسخ، حتى يُفسخ بخيار عدم الكفاءة، وخيار العتق، وخيار البلوغ عندكم، فيحتمل الفسخ بالتراضي أيضًا، وذلك بالخلع كالبيع.

ولنا ما رُوي عن عمر، وعلي، وابن مسعود رضي الله عنهم موقوفًا عليهم، ومرفوعًا

(١) أدرج في بعض النسخ هذه العبارة: (عِوان: جمع عانِيَة، وهي الأسير).

وَالوَاقِعُ بِالكِنَايَةِ بَائِنٌ إِلَّا أَنَّ ذِكْرَ المَالِ أَغْنَى عَنِ النِّيَّةِ هُنَا، وَلِأَنَّهَا لَا تُسَلِّمُ المَالَ إِلَّا لِتَسَلَّمَ لَهَا نَفْسُهَا وَذَلِكَ بِالبَيْنُونَةِ.

إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم: «الْخُلْعُ تَطْلِيقَةٌ بَائِنَةٌ»، والمعنى فيها أن النكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه، ألا ترى أنه لا ينفسخ بالهلاك قبل التسليم، وأن الملك الثابت به ضروري لا يظهر إلا في حق الاستيفاء، وقد بيَّنا أن الفسخ بسبب عدم الكفاءة فسخ قبل التمام، فكان في معنى الامتناع عن الإتمام، وكذلك في خيار العتق والبلوغ.

فأمَّا الخلع فيكون بعد تمام العقد، والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه ولكن يحتمل القطع في الحال، فيجعل لفظ الخلع عبارة عن رفع العقد في الحال، وأمَّا الآية فقد ذكر الله تعالى التطليقة الثالثة بعوض وبغير عوض، فبهذا لا يصير الطلاق أربعًا.

وفائدة الاختلاف أنه لو خالعها بعد التطليقتين، عندنا لا تحل له من بعد حتى تنكح زوجًا غيره، وعنده له أن يتزوجها.

قوله: وَالوَاقِعُ بِالكِنَايَةِ بَائِنٌ، أي سوى الألفاظ الثلاثة وهي: اعتدي، واستبري، وأنت واحدة.

قوله: إِلَّا أَنَّ ذِكْرَ المَالِ أَغْنَى عَنِ النِّيَّةِ، هذا استثناء من **قوله:** حَتَّى صَارَ مِنَ الكِنَايَاتِ، على تقدير جواب سُؤال يرد على المستثنى منه بأن يقال: لو كان لفظ الخلع من الكنايات لاحتيج إلى النية كما في سائر الكنايات.

فأجاب عنه بهذا وقال: نعم كذلك، إلا أن جانب الطلاق يتعين عند قِران ما يعينه من ألفاظ الكنايات، كالنية، ومذاكرة الطلاق، وفي الخلع صار قبول المال الذي أعطته المرأة بمقابلة فداء نفسها، معينًا لجانب الطلاق، فلم يحتج لذلك إلى النية كما في قوله: أنت بائن، عند مذاكرة الطلاق لا يحتاج إلى النية.

وذكر في «الذَّخيرة»: وإذا خالع الرجل امرأته ثم قال: لم أنو به الطلاق، فإن لم يذكر بدلًا صدق ديانةً وقضاءً، وإن ذكر بدلًا بأن قال لها مثلًا: خالعتك على ألف درهم، ثم قال: لم أعنِ به الطلاق، لا يصدقُ.

(وَإِنْ كَانَ النُّشُوزُ مِنْ قِبَلِهِ يُكْرَهُ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهَا عِوَضًا) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ﴾ إِلَى أَنْ قَالَ ﴿فَلا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾ [النساء: ٢٠] وَلِأَنَّهُ أَوْحَشَهَا بِالِاسْتِبْدَالِ فَلا يَزِيدُ فِي وَحْشَتِهَا بِأَخْذِ المَالِ.

قوله: وَإِنْ كَانَ النُّشُوزُ مِنْ قِبَلِهِ، يقال: نشزت المرأة على زوجها، فهي ناشزة، إذا استعصت عليه وأبغضته، وعن الزجاج: النشوز يكون من الزوجين، وهو كراهة كل واحدٍ منهما صاحبه.

قوله: وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ، أي: استبدال زوجةٍ مكان زوجةٍ.

قوله: إِلَى أَنْ قَالَ: ﴿فَلا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾، ﴿أَتَأْخُذُونَهُۥ بُهْتَٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ۝ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ﴾ [النساء: ٢٠-٢١].

فإن قلتَ: النهي ورد في الأفعال الحسيَّة وهى الأخذ؛ وذلك لأن عرفانه غير متوقفٍ إلى وُرود الشرع، وهو الفارق بين الحسية والشرعية، ثم هو مؤكد بتأكيدات وهي قوله تعالى: ﴿أَتَأْخُذُونَهُۥ بُهْتَٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ۝ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ﴾، ومجرد النهي عن الأفعال الحسية من غير تأكيد يقتضي عدم مشروعية المنهي عنه، فكيف بالمؤكدات، ثم ذكر جوازَ الأخذ في هذه الصورة مع الكراهة، وهذا الأصل الذي ذكرتُه يقتضي عدم مشروعية الأخذ من كل وجه، فما وجه التفصي عن هذا السؤال؟

قلتُ: وجهه هو أن هذه الآية وإن اقتضت عدم المشروعية على ما ذكرت، والآية الأخرى ناصَّة بحكمها تقتضي عدم الحرمة والكراهة من كل وجه وهي قوله: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، وهذه وهذه الآية بإطلاقها تقتضي إباحة الأخذ من كل وجهٍ، فبرزت من معارضتهما الكراهة؛ لأن الكراهة مع أصل الجواز موجب مثل هذه المعارضة؛ ولأن المرأة تصرفت في مالها بالدفع إلى زوجها باختيارها من غير إكراه، فمن أين يثبت عدم مشروعيَّة الأخذ، وهذا النهي وإن ورد في الأفعال الحسية ولكن هو لمعنى في غيره، وهو زيادة الإيحاش، فلا يعدم المشروعية في نفسه،

(وَإِنْ كَانَ النُّشُوزُ مِنْهَا كَرِهْنَا لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهَا أَكْثَرَ مِمَّا أَعْطَاهَا) وَفِي رِوَايَةِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ طَابَ الفَضْلُ أَيْضًا لِإِطْلَاقِ مَا تَلَوْنَا بَدْءًا، وَوَجْهُ الأُخْرَى قَوْلُهُ

كما في قوله صلى الله عليه وسلم: «لا تتخذوا دوابكم كراسي»، وإلى هذا أشار في الكتاب بقوله: وَقَدْ تُرِكَ العَمَلُ فِي حَقِّ الإِبَاحَةِ لِمُعَارِضٍ فَبَقِيَ مَعْمُولًا فِي البَاقِي، وهو الجواز مع الكراهة كما في سؤر الهرة.

وذكر الإمام المحبوبي رحمه الله: وعند نفاة القياس وهم أصحاب الظواهر، لا يجب المال إذا كان النشوز من قبل الزوج، قلَّ ذلك أو أكثر؛ بظاهر قوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا﴾ إلى أن قال: ﴿تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَاۚ﴾ [البقرة: ٢٢٩] والاعتداء ظلم، والمال لا يجب بالظلم.

ولكنا نستدلُّ بما روينا من الآثار، وتأويل الآية في الحل والحرمة لا في منع وجوب المال وتمليكه.

قوله: لِإِطْلَاقِ مَا تَلَوْنَا بَدْءًا، أي أولًا، وهو إشارة إلى قوله: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩]؛ ولأن اختيار الخلع أمر مكروه، قال النبي صلى الله عليه وسلَّم في المختلعات: «هن اللعينات، هن المنافقات»، فأطلقنا الزيادة رجاء أن يصدها عن ذلك إذا كان النشوز منها، وكرهنا الكل عند نشوزه لعله يصده عن ذلك؛ لأن النبى صلى الله عليه وسلَّم قال: «لعن الله كل ذواقٍ مطلاقٍ».

ووجه إطلاق الزيادة إذا كان النشوز من قبلها أيضًا ما رُوي: أن امرأة ناشزة أُتِي بها إلى عُمر رضي الله عنه فحبسها في مزبلة ثلاثة أيام ثم دعاها فقال: كيف وجدت مبيتك؟ فقالت: ما بتُّ ليلةً هي أقر لعيني من هذه الليالي؛ لأنِّي لم أره، فقال عمر: وهل يكون النشوز إلا هكذا، اخلعها ولو بقُرْطِها، قال قتادة: يعني بجميع ما تملك هي، كذا ذكره الإمام الكشانِي، والإمام المحبوبي رحمهما الله.

قوله: وَوَجْهُ - الرواية - الأُخْرَى قَوْلُهُ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي امْرَأَةِ ثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ،

- صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فِي امْرَأَةِ ثَابِتِ بْنِ قَيْسِ بْنِ شِمَاسٍ «أَمَّا الزِّيَادَةُ فَلَا» وَقَدْ كَانَ النُّشُوزُ مِنْهَا (وَلَوْ أَخَذَ الزِّيَادَةَ جَازَ فِي القَضَاءِ) وَكَذَلِكَ إِذَا أَخَذَ وَالنُّشُوزُ مِنْهُ لِأَنَّ مُقْتَضَى مَا تَلَوْنَاهُ شَيْئَانِ الجَوَازُ حُكْمًا وَالإِبَاحَةُ، وَقَدْ تُرِكَ العَمَلُ فِي حَقِّ الإِبَاحَةِ لِمُعَارِضٍ فَبَقِيَ مَعْمُولًا فِي البَاقِي.

إلى آخره؛ رُوي أن جميلة بنت سلول كانت تحت ثابت بن قيس، فجاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلَّم فقالت: لا أعيب على ثابت في دين ولا خُلق، ولكني أخشى الكفر في الإسلام لشدة بغضي إيَّاه، فقال عليه الصلاة والسلام: «أتردين عليه حديقته؟ فقالت: نعم وزيادة، فقال: أما الزيادة فلا»، عُلم أن أخذ الزيادة لا يجوز.

فإن قيل: هذا الحديث معارض بقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، ومن شرط قبول خبر الواحد عدم معارضة الكتاب، قلنا: النص إذا خص منه شيء أو عورض بنص آخر مثله خرج عن كونه قطعيًا.

ثم هذا الحديث إن كان مخالفاً في حق الزيادة لقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾، فهو موافق لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْـًٔا﴾ [النساء: ٢٠]، فكان هو في الحقيقة معارضة الكتاب للكتاب، لا معارضة خبر الواحد للكتاب، فجاز التمسك به؛ لأنه موافق لأحد النصين.

قوله: لِأَنَّ مُقْتَضَى مَا تَلَوْنَاهُ - إشارة إلى قوله: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا﴾ - شَيْئَانِ: أحدهما جواز أخذ الزيادة حُكْمًا، أي: شرعًا، والثاني إباحة أخذ الزيادة.

فإن قلتَ: الجواز والإباحة عبارتان عن معبر واحد، أو شيئان لا ينفكان، فأينما أريد معه أحدهما أريد معه الآخر؛ لأنه لا جواز لشيء بدون الإباحة، ولا إباحة لشيء بدون الجواز فكيف يصحُّ حينئذٍ **قوله:** شَيْئَانِ، وكيف يصح **قوله:** وَقَدْ تُرِكَ العَمَلُ فِي حَقِّ الإِبَاحَةِ لِمُعَارِضٍ فَبَقِيَ مَعْمُولًا فِي البَاقِي، يعني الجواز.

(وَإِنْ طَلَّقَهَا عَلَى مَالٍ فَقَبِلَتْ وَقَعَ الطَّلَاقُ وَلَزِمَهَا المَالُ) لِأَنَّ الزَّوْجَ يَسْتَبِدُّ بِالطَّلَاقِ تَنْجِيزًا وَتَعْلِيقًا وَقَدْ عَلَّقَهُ بِقَبُولِهَا، وَالمَرْأَةُ تَمْلِكُ التِزَامَ المَالِ لِوِلَايَتِهَا

قلتُ: لا، بل هما شيئان مختلفان، ألا ترى أن ضد الإباحة الكراهة، وضد الجواز الحرمة، فبضدها تتبين الأشياء، وأمَّا قولك: فإنهما شيئان لا ينفكان، قلنا بل هما ينفكان، ألا ترى أن البيع وقت النداء جائز وليس بمباح؛ وذلك لأن الإباحة لمَّا كانت عبارة عن عدم الكراهة احتمل أن يكون الشيء جائزًا مع الكراهة التي هي ضد الإباحة، وهذا كثير النظير، فإن جميع صور النهي في الأفعال الشرعية كذلك، كصوم يوم النحر، وغيره.

ثم النهي هاهُنا وهو نَهي النبي صلى الله عليه وسلَّم عن أخذ الزيادة، ورد لمعنًى في غيره، وهو زيادة الإيحاش بأخذ المال مع إيحاش الفراق؛ إذ الحكم الشرعي يدور مع الدليل، وهو الفراق هاهُنا، وإن كان هو مطلوب المرأة في هذه الصورة، وإنما قلنا أن النهي لم يكن لمعنى في عينه؛ لأن المرأة تصرفت في مالها بالدفع إلى زوجها باختيارها من غير إكراه، فكان مشروعًا في نفسه، والنهي إذا كان لمعنًى في غيره لا يعدم المشروعية، فلذلك لم يكن حديث النهي عن أخذ الزيادة متعرضًا للجواز، فبقي مقتضى قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا﴾ معمولاً في الجواز، وهو معنى **قوله**: فَبَقِيَ مَعْمُولًا فِي البَاقِي، أي في الجواز، والمراد من **قوله**: لِمُعَارِضٍ، هو قوله صلى الله عليه وسلَّم: «أَمَّا الزِّيَادَةُ فَلَا».

قوله: وَإِنْ طَلَّقَهَا عَلَى مَالٍ فَقَبِلَتْ وَقَعَ الطَّلَاقُ، صورة المسألة ما إذا قال لامرأته: أنت طالق بألف أو على ألف، وأمَّا إذا قال لها: أنت طالق وعليك ألف درهم، فقبلت يقع الطلاق، ولا يلزمها المال عند أبي حنيفة رضي الله عنه على ما يجيء إن شاء الله تعالى.

قوله: وَقَدْ عَلَّقَهُ بِقَبُولِهَا، فإن قلتَ: فلا نسلم أنه علقه بقبولها، فإن قوله: طلقتك على ألفٍ، يحتمل أن يكون معناه على ألف تؤدينه، فكان معلقًا بالأداء، ويحتمل أن يكون معناه على ألف تقبلين أداءه، فكان معلقًا بالقبول، فمن أين ترجح جانب القبول على جانب الأداء هاهُنا؟

قلتُ: إنما ترجح تعليق جانب القبول هاهُنا على جانب الأداء بدلالة ذكره في مقام

عَلَى نَفْسِهَا، وَمِلْكِ النِّكَاحِ مِمَّا يَجُوزُ الِاعْتِيَاضُ عَنْهُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَالًا كَالقِصَاصِ (وَكَانَ الطَّلَاقُ بَائِنًا) لِمَا بَيَّنَّا وَلِأَنَّهُ مُعَاوَضَةُ المَالِ بِالنَّفْسِ وَقَدْ مَلَكَ الزَّوْجُ أَحَدَ البَدَلَيْنِ فَتَمْلِكُ هِيَ الآخَرَ وَهِيَ النَّفْسُ تَحْقِيقًا لِلْمُسَاوَاةِ.

قَالَ: (وَإِنْ بَطَلَ العِوَضُ فِي الخُلْعِ مِثْلَ أَنْ يُخَالِعَ المُسْلِمُ عَلَى خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ أَوْ مَيْتَةٍ فَلَا شَيْءَ لِلزَّوْجِ وَالفُرْقَةُ بَائِنَةٌ، وَإِنْ بَطَلَ العِوَضُ فِي الطَّلَاقِ كَانَ رَجْعِيًّا) فَوُقُوعُ الطَّلَاقِ فِي الوَجْهَيْنِ لِلتَّعْلِيقِ بِالقَبُولِ وَافْتِرَاقُهُمَا فِي الحُكْمِ لِأَنَّهُ لَمَّا بَطَلَ العِوَضُ كَانَ العَامِلُ فِي الأَوَّلِ لَفْظُ الخُلْعِ وَهُوَ كِنَايَةٌ، وَفِي الثَّانِي الصَّرِيحُ وَهُوَ يَعْقُبُ

المعاوضة، وفي المعاوضات يتعلق الحكم بالقبول دون الأداء، فلو قلنا بتعليقه بالأداء كانت كلمة على للشرط المحض، وهي إنما كانت لذلك في غير المعاوضات، كما في قوله: أنت طالق على أن تدخلي الدار، كان الدخول شرطًا محضًا على ما يجيء.

قوله: كَالقِصَاصِ، فإن القصاص وإن كان هو ليس بمال، جاز أخذ العوض عنه فكذا هنا.

قوله: وَكَانَ الطَّلَاقُ بَائِنًا؛ لِمَا بَيَّنَّا، وهو الحديث المذكور، **وقوله:** وَلِأَنَّهَا لَا تُسْلِمُ المَالَ إِلَّا لِتَسْلَمَ لَهَا نَفْسُهَا.

قوله: وَإِنْ بَطَلَ العِوَضُ فِي الطَّلَاقِ كَانَ رَجْعِيًّا، وبهذا لا يكتفي، لانتقاض هذا الأصل في غير المدخول بها، ولانتقاضه فيما إذا كان لفظ الطلاق في الثالثة، وعن هذين النقيضين احترز في «المبسوط» بقوله: وكل تطليقة أو تطليقتين بجُعل، أُبطل الجعلُ وأمضى فيه الطلاق، فالطلاق رجعي إذا كان قد دخل بها.

قوله: كَانَ العَامِلُ فِي الأَوَّلِ لَفْظُ الخُلْعِ وَهُوَ كِنَايَةٌ، وبهذا لا يكتفى بل يجب أن يقال: وهو كناية، ولها دلالة على قطع الوصلة؛ لأنه مشتق من خلعت الخف، إذا نزعته وأزلت عنك.

وإنما احتيج إلى هذا التأويل؛ لأن من الكنايات ما هو رجعي، مثل اعتدي، واستبري

الرَّجْعَةَ وَإِنَّمَا لَمْ يَجِبْ لِلزَّوْجِ شَيْءٌ عَلَيْهَا لِأَنَّهَا مَا سَمَّتْ مَالًا مُتَقَوِّمًا حَتَّى تَصِيرَ غَارَّةً لَهُ، وَلِأَنَّهُ لا وَجْهَ إِلَى إِيجَابِ الْمُسَمَّى لِلْإِسْلَامِ وَلَا إِلَى إِيجَابِ غَيْرِهِ لِعَدَمِ الِالْتِزَامِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا خَالَعَ عَلَى خَلٍّ بِعَيْنِهِ فَظَهَرَ أَنَّهُ خَمْرٌ لِأَنَّهَا سَمَّتْ مَالًا فَصَارَ مَغْرُورًا، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا كَاتَبَ أَوْ أَعْتَقَ عَلَى خَمْرٍ حَيْثُ تَجِبُ قِيمَةُ الْعَبْدِ لِأَنَّ مِلْكَ الْمَوْلَى فِيهِ مُتَقَوِّمٌ وَمَا رَضِيَ بِزَوَالِهِ مَجَّانًا، أَمَّا مِلْكُ الْبِضْعِ فِي حَالَةِ الْخُرُوجِ غَيْرُ مُتَقَوِّمٍ عَلَى مَا نَذْكُرُ، وَبِخِلَافِ النِّكَاحِ لِأَنَّ الْبِضْعَ فِي حَالَةِ الدُّخُولِ مُتَقَوِّمٌ، وَالْفِقْهُ أَنَّهُ شَرِيفٌ فَلَمْ يَشْرَعْ تَمَلُّكَهُ إِلَّا بِعِوَضٍ إِظْهَارًا لِشَرَفِهِ، فَأَمَّا الْإِسْقَاطُ فَنَفْسُهُ شَرَفٌ

رحمك، وأنت واحدة.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا خَالَعَ عَلَى خَلٍّ بِعَيْنِهِ فَظَهَرَ أَنَّهُ خَمْرٌ، فعلى قول أبي حنيفة رضي الله عنه عليها أن تردَّ المهر المأخوذ، وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله كيل مثل ذلك من خل وسط، وهذا والصداق سواء.

قوله: وَبِخِلَافِ مَا إِذَا كَاتَبَ أَوْ أَعْتَقَ عَلَى خَمْرٍ، حيث تقع الكتابة فاسدةً، ومع ذلك لو أدَّى عتق؛ لأن فيها معنى تعليق العتق بأداء المسمى، وعلى العبد قيمته؛ لِأَنَّ مِلْكَ الْمَوْلَى فِيهِ مُتَقَوِّمٌ، بخلاف ملك الزوج على المرأة فإنه غير متقوم، ألا ترى أن العبد لو غصب يجب القيمة على الغاصب، والمنكوحة لو غصبت لا يجب على الغاصب شيء، كذا في «المبسوط»، و«جامع التمرتاشي».

وإنما قيَّد بقوله: بخلاف ما إذا كاتب على خمر بالخمر، فإنه لو كاتب عبده على ميتة أو دم فإن الكتابة هناك باطلة، حتى لو أدى لا يعتق ولا تجب القيمة، كذا ذكره الإمام الإسبيجابي رحمه الله.

قوله: فَأَمَّا الإِسْقَاطُ فَنَفْسُهُ شَرَفٌ، أي تتشرف المرأة، حيث تعود مالكة على نفسها من كل وجه كما كانت، فلذلك لم يجب على الزوج شيء، بخلاف النكاح، فإنه يجب عليه

فَلَا حَاجَةَ إِلَى إِيجَابِ المَالِ.

قَالَ: (وَمَا جَازَ أَنْ يَكُونَ مَهْرًا جَازَ أَنْ يَكُونَ بَدَلًا فِي الخُلْعِ) لِأَنَّ مَا يَصْلُحُ عِوَضًا لِلْمُتَقَوِّمِ أَوْلَى أَنْ يَصْلُحَ عِوَضًا لِغَيْرِ المُتَقَوِّمِ (فَإِنْ قَالَتْ لَهُ خَالِعْنِي عَلَى مَا فِي يَدِي

المهر؛ لأن في النكاح استيلاء على محل محترم، فيجب المال بمقابلة الاستيلاء.

ثم الدليل أيضـًا على أن البضع عند الدخول في ملك الزوج متقوم، وعند الخروج عنه ليس بمتقوم، تزوج المريض، وخلع المريضة، فإن المريض إذا تزوج امرأة بمهر مثلها إن ذلك جائز من جميع المال، وخلع المريضة يعتبر من الثلث.

قوله: وَمَا جَازَ أَنْ يَكُونَ مَهْرًا جَازَ أَنْ يَكُونَ بَدَلًا فِي الخُلْعِ، وإنما لم يذكر عكسه حيث لم يقل: وكل ما لا يجوز أن يكون مهرًا لا يجوز أن يكون بدلًا في الخلع، فإن ذلك غير مستقيم؛ لأن من الأشياء ما هو غير صالح للمهر، كدرهمٍ واحدٍ إلى تسعة دراهم فإنه يصلح لبدل الخلع ولا يصلح للمهر.

وما ذكره في «المبسوط» كذلك على ما ذكر فهو صالح لبدل الخلع، وهذا أيضـًا ينزع إلى ما ذكرنا من أنَّ البضع متقوم حالة الدخول دون الخروج، وقد ذكر في «المبسوط»: وإن اختلعت منه بما في بطن جاريتها، أو على ما في بطون غنمها فهو جائز وله ما في بطونها، بخلاف الصداق، فإنه في مثله يجبُ مهر المثل لها؛ لأن ما في البطن ليس بمال متقوم في الحال، ولكن باعتبار المآل هو مال بعد الانفصال، إلا أن أحد العوضين وهو النكاح في باب النكاح لا يحتمل التعليق بالشرط، فكذلك العوض الآخر، فلا يمكن تصحيح التسمية في الحال؛ لأن المسمَّى ليس بمال ولا باعتبار المآل؛ لأنه في معنى الإضافة أو التعليق بالانفصال، فكان لها مهر مثلها.

فأمَّا الخلع فأحد العوضين، وهو الطلاق، يحتمل الإضافة والتعليق بالشرط، فكذلك العوض الآخر، فأمكن تصحيح تسمية ما في البطن باعتبار المآل، وهو ما بعد الانفصال، وإذا صحَّت التسمية فله المسمى، وإن لم يكن في بطونها شيء فلا شيء له؛ لأنَّها ما غرته، فما

فَخَالَعَهَا فَلَمْ يَكُنْ فِي يَدِهَا شَيْءٌ فَلَا شَيْءَ لَهُ عَلَيْهَا) لِأَنَّهَا لَمْ تَغُرَّهُ بِتَسْمِيَةِ المَالِ (وَإِنْ قَالَتْ خَالِعْنِي عَلَى مَا فِي يَدِي مِنْ مَالٍ فَخَالَعَهَا فَلَمْ يَكُنْ فِي يَدِهَا شَيْءٌ رَدَّتْ عَلَيْهِ مَهْرَهَا) لِأَنَّهَا لَمَّا سَمَّتْ مَالًا لَمْ يَكُنِ الزَّوْجُ رَاضِيًا بِالزَّوَالِ إِلَّا بِعِوَضٍ، وَلَا وَجْهَ إِلَى إِيجَابِ المُسَمَّى وَقِيمَتِهِ لِلْجَهَالَةِ وَلَا إِلَى قِيمَةِ البُضْعِ، أَعْنِي مَهْرَ المِثْلِ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَقَوِّمٍ حَالَةَ الخُرُوجِ فَتَعَيَّنَ إِيجَابُ مَا قَامَ بِهِ عَلَى الزَّوْجِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُ.

في البطن قد يكون مالًا متقومًا، وقد يكون غير ذلك من ريحٍ أو ولدٍ ميت، والرجوع عليها بما أعطاها بحكم الغرور، وما حدث في بطونها بعد الخلع فهو للمرأة؛ لأنها سمت الموجود في البطن عند الخلع، فلا يتناول ما يحدث بعد ذلك، بل الحادث نماء ملكها فيكون لها.

قوله: لِأَنَّهَا لَمْ تَغُرَّهُ بِتَسْمِيَةِ المَالِ؛ لأن كلمة ما عامة تتناول المال وغير المال، فلم تكن غارة بتسمية المال.

وذكر في «المبسوط»: وإن اختلعت بما في بيتها من شيء فهو جائز، وكل ما في البيت في تلك الساعة فهو له؛ لأن بالإشارة إلى المحل تنقطع المنازعة بينهما بسبب الجهالة، وإن لم يكن فيه شيء فلا شيء له عليها؛ لأنها لم تغر الزوج بتسمية الشيء، فإنه ينطلق على ما لا قيمة له، فلذلك لا يلزمها شيء.

بخلاف ما إذا اختلعت على ما في بيتها من متاع، فله ما فيه، وإن لم يكن فيه شيء رجع عليها بالمهر الذي أخذت منه؛ لأنها غرته بتسمية المتاع، فإنه اسم لما يكون متقومًا منتفعًا به، فإذا لم يجد في البيت شيئًا كان مغرورًا من جهتها، وللمغرور دفع الضرر عن نفسه بالرجوع على الغار، ولا يمكن إثبات الرجوع بقيمة المتاع، لكونه مجهول الجنس والقدر، ولا بقيمة البضع؛ لأنه عند الخروج من ملك الزوج غير متقوم، فإنه لا يملكها شيئًا وإنما يسقط حقه عنها، فكان أولى الأشياء ما ساق إليها من الصداق، فإن الضرر يندفع عنه بالرجوع بذلك، وهذا هو المراد **بقوله: فَتَعَيَّنَ إِيجَابُ مَا قَامَ بِهِ عَلَى الزَّوْجِ**، أي الذي قام به القائم، أي العقد به، أي بذلك المال وهو الصداق على الزوج.

(وَلَوْ قَالَتْ خَالِعْنِي عَلَى مَا فِي يَدِي مِنْ دَرَاهِمَ أَوْ مِنَ الدَّرَاهِمِ فَفَعَلَ فَلَمْ يَكُنْ فِي يَدِهَا شَيْءٌ فَعَلَيْهَا ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ) لِأَنَّهَا سَمَّتِ الجَمْعَ وَأَقَلُّهُ ثَلَاثَةٌ، وَكَلِمَةُ مِنْ هَاهُنَا

قوله: وَلَا وَجْهَ إِلَى إِيجَابِ المُسَمَّى، أي: إيجاب ما سمته المرأة، وهو المال.

قوله: وَلَوْ قَالَتْ خَالِعْنِي عَلَى مَا فِي يَدِي مِنْ دَرَاهِمَ أَوْ مِنَ الدَّرَاهِمِ، فإن كانت في يدها ثلاثة دراهم أو أكثر فله ذلك، وإن لم يكن في يدها شيء فله ثلاثة دراهم؛ لأنها سمَّت جميع الدراهم، وأدنى الجمع المتفق عليه ثلاثة دراهم، وليس لأقصى الجمع نهاية فأوجبنا الأدنى، وإن كان في يدها درهمان تؤمر بإتمام ثلاثة دراهم له؛ لأنها فيما التزمت فيه ذكرت لفظ الجمع، وفي المثنى معنى الجمع وليس بجمع مطلق، فإن التثنية غير الجمع، بخلاف الصداق في هذه الصورة حيث يكون لها مهر المثل؛ لأن الزوج يملك عليها ما هو متقوم، فلها أن لا ترضى بالأدنى، وهنا الزوج لا يملكها شيئًا متقومًا فيتعين الأدنى، وكذا لو قالت على ما في يدي من الدنانير والفلوس، وكذا جميع الأشياء كالحيوان، والثياب، وغيرها؛ لأنَّها تثبت دينًا في الذمة بالخلع.

فإن قيل: ففيما إذا كان في يدها درهمان، وذكرت في كلامها حرف (من) وهو للتبعيض، والدرهمان بعض الجمع؛ فينبغي أن لا يلزمها إلا في ما في يدها، كما قال في «الجامع الصغير»: إذا قال: إن كان في يدي من الدراهم إلا ثلاثة، فعبده حرٌّ، وفي يده أربعة دراهم كان حانثًا؛ لأن ما وراء الثلاثة من الدراهم، فكذلك هاهُنا الدرهم الواحد من الدراهم؛ فينبغي أن يلزمها درهم واحد فيما إذا لم يكن في يدها شيء عند ذكر الدراهم بكلمة (من).

قلنا: نعم حرف (من) قد تكون للتبعيض، وقد تكون صلة كما في قوله تعالى: ﴿فَٱجْتَنِبُواْ ٱلرِّجْسَ مِنَ ٱلْأَوْثَٰنِ﴾ [الحج: ٣٠]، وقوله تعالى: ﴿مَا ٱتَّخَذَ ٱللَّهُ مِن وَلَدٍ﴾ [المؤمنون: ٩١]، ففي كل موضع يصح الكلام بدون حرف (من) كان حرف (من) فيه للتبعيض، كما في مسألة الجامع، وفي كل موضع لا يصح الكلام بدون حرف (من) كان حرف (من) فيه صلة زيدت لتصحيح الكلام كما في مسألة الخلع، فإنها لو قالت: اخلعني على ما في يدي دراهم، كان الكلام مختلًّا، فحرف من صلة زيدت لتصحيح الكلام، ويبقى منها لفظ الجمع فلهذا

لِلصِّلَةِ دُونَ التَّبْعِيضِ لِأَنَّ الكَلَامَ يَخْتَلُّ بِدُونِهِ.

يلزمها ثلاثة دراهم.

فإن قيل: هذا باطل أن تقدير كلامها كأنها قالت: اخلعني على الدراهم، ولو قالت: اخلعني على الدراهم ينبغي أن يلزمها درهم واحد لا ثلاثة دراهم؛ لأن الجمع المعرف باللام بمنزلة الفرد المعرف باللام، حتى ينصرف إلى الجنس، فإن تعذر صرفه إلى الجنس ينصرف إلى الأدنى، وهو الواحد على ما عرف في «الجامع».

قلنا: نعم لكن إذا كان جمعًا مجردًا عن الإضافة والإشارة، كما إذا حلف لا يتزوج النساء ولا يشتري العبيد.

وأمَّا هاهنا فالجمع غير مجرد عن الإضافة والإشارة، لاختصاصه بما تحويه يدها؛ وهذا لأن الدراهم جمع على الحقيقة فيجب اعتبار معن الجمعية، إلا أنه بطل اعتبار معنى الجمعية لإمكان إرادة الجنس متى كان مجردًا عن الإضافة والإشارة، فإذا كان مقيدًا بالإضافة وجب أن لا يتعطل معنى الجمعية، كذا في «المبسوط»، و«الفوائد الظهيريَّة»، و«جامع الإمام التمرتاشي».

وقال الإمام مولانا حميد الدين رحمه الله: إذا دخل الألف واللام على الجمع يراد الواحد، مع احتمال كل الجنس إذا كانت إرادة الكل ممكنة، كما في قوله: لا أتزوج النساء، حتى أنه لو نوى جميع نساء العالم لا يحنث أبدًا، فأمَّا هاهنا فلا يحتمل أن يكون كل دراهم العالم في يده في هذه الحالة، فلما بطل إرادة الجنسية بهذا الطريق لم يصرف إلى الواحد؛ إما لأن إرادة الواحد من صيغة الجمع التي دخل فيها الألف واللام إنما كان في ضمن إرادة معنى الجنسية وقد بطل ذلك لعدم الإمكان فبقيت صيغة الجمع خالية عن حرف الجنس، فصُرف إلى الثلاثة لأنها أقل الجمع الصحيح، وإما لأن كل جنس الدراهم لمَّا لم يكن مرادًا، وأمكن الحملُ هنا على المعهود بدلالة قولها على ما في يدي صُرف إلى المعهود برعاية صيغة الجمع، فكان المراد هنا الجمع بدلالة ذكره في هذا الموضع في «المبسوط» بدون الألف واللام، أو يكون الألف واللام لتحسين النظم، كقوله تعالى: ﴿كَمَثَلِ ٱلْحِمَارِ يَحْمِلُ أَسْفَارًا﴾

(فَإِنِ اخْتَلَعَتْ عَلَى عَبْدٍ لَهَا آبِقٍ عَلَى أَنَّهَا بَرِيئَةٌ مِنْ ضَمَانِهِ لَمْ تَبْرَأْ وَعَلَيْهَا تَسْلِيمُ عَيْنِهِ إنْ قَدَرَتْ وَتَسْلِيمُ قِيمَتِهِ إنْ عَجَزَتْ) لِأَنَّهُ عَقْدُ المُعَاوَضَةِ فَيَقْتَضِي سَلَامَةَ العِوَضِ، وَاشْتِرَاطُ البَرَاءَةِ عَنْهُ شَرْطٌ فَاسِدٌ فَيَبْطُلُ إلَّا أَنَّ الخُلْعَ لا يَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ،

[الجمعة: ٥]، وقوله تعالى: ﴿وَءَايَةٌ لَّهُمُ ٱلْأَرْضُ ٱلْمَيْتَةُ أَحْيَيْنَٰهَا﴾ [يس: ٣٣].

قوله: فَإِنِ اخْتَلَعَتْ عَلَى عَبْدٍ لَهَا آبِقٍ عَلَى أَنَّهَا بَرِيئَةٌ مِنْ ضَمَانِهِ لَمْ تَبْرَأْ، فمعنى قوله: عَلَى أَنَّهَا بَرِيئَةٌ مِنْ ضَمَانِهِ، أي: لا تطالب هي بأن تحصل العبد وتسلمه إلى زوجها، أي: إن وجد العبد وحصل تسليم العبد إليه، وإن لم يحصل فليس عليها شيء، وهذا الشرط فاسد بل يجب عليها تسليم العبد على تقدير الحصول، وتسليم قيمته على تقدير عدم الحصول.

قوله: وَاشْتِرَاطُ البَرَاءَةِ عَنْهُ، أي: عن العوض وهو العبد.

قوله: شَرْطٌ فَاسِدٌ؛ لأن المرأة إنما تدفع العوض ليسلم بضعُها لها، والزوج إنما يخلعها لسلامة العوض له، فكان شرط البراءة عن العوض شرطًا فاسدًا.

قوله: إلَّا أَنَّ الخُلْعَ لا يَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ، فإن قلتَ: سلمنا أن الخلع لا يبطل بالشرط الفاسد، ولكن ينبغي أن تفسد التسمية هنا، ويرجع الزوج عليها بالمهر الذي أعطاها، لاشتراطها عدم وجوب تسليم العبد، كما يرجع عليها بالمهر في سائر المواضع التي فسدت التسمية، كما إذا اختلعت المرأة منه بدابَّة أو اختلعت على أن تزوجه امرأة وتمهرها عنه، فالخلع جائز وعليها رد المقبوض.

قلتُ: الخلع عقد مبناه على التوسع، فلا يمتنع صحته باعتبار الإباق؛ لأنه لو امتنع إنَّما يمتنع باعتبار العجز عن التسليم، والعجز هنا لا يربو درجة على العجز عن التسليم فيما إذا اختلعت منه على عبد مملوك للغير، فهناك جائز وهاهنا أولى.

وأمَّا فيما أوردت من المسألتين إنما فسدت التسمية ورجع إلى المهر للجهالة المستتمة، فإن اسم الدابة يتناول الأجناس المختلفة من الحيوان، وكذلك الأمهار؛ لأنه

وَعَلَى هَذَا النِّكَاحِ (وَإِذَا قَالَتْ طَلِّقْنِي ثَلَاثًا بِأَلْفٍ فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً فَعَلَيْهَا ثُلُثُ الأَلْفِ) لِأَنَّهَا لَمَّا طَلَبَتِ الثَّلَاثَ بِأَلْفٍ فَقَدْ طَلَبَتْ كُلَّ وَاحِدَةٍ بِثُلُثِ الأَلْفِ، وَهَذَا لِأَنَّ حَرْفَ البَاءِ تَصْحَبُ الإِعْوَاضَ وَالعِوَضُ يَنْقَسِمُ عَلَى المُعَوَّضِ وَالطَّلَاقُ بَائِنٌ

مجهول قدرًا ووضعًا، بخلاف ما نحن بصدده.

وإنَّما لم يصح اشتراط البراءة عن التسليم؛ لأن التسمية إذا صحت أوجبت تسليم المسمَّى، فاشتراط البراءة عن ضمان المسمى الواجب تسليمه كان باطلًا ومناقضةً.

فإن قيل: الخلع كما يوجب تسليم المسمى فكذلك أوجب تسليم المسمى بوصف كونه سليمًا، واشتراط البراءة عن وصف السلامة صحيح، فكذا اشتراط البراءة عن تسليم المسمَّى.

قلنا: الفرق بينهما ظاهر؛ لأن وجوب استحقاق التسليم فوق وجوب استحقاق السليم، ألا ترى أنا أجمعنا على أنه إذا باع ما لا يقدر على تسليمه لا يجوز، ولو باعه بشرط البراءة عن العيب جاز؛ وذلك لأن الإنسان إنما يرغب في تملك الشيء بوجه من الانتفاع به، وذلك لا يكون إلا بالتسليم، وباشتراط البراءة عن التسليم يفوت هذا المقصود، ولا كذلك اشتراط البراءة عن العيب، فإن الأصل هناك باق فيجوز العقد، إلى هذا أشار في «الفوائد الظهيريَّة».

وذكر صدر الإسلام أبو اليُسر رحمه الله: أمَّا الخلع على عبد آبق جائز، بخلاف بيع الآبق فإنه فاسد؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلَّم نهى عن بيع العبد الآبق، والبيع المنهي عنه فاسد، وما نهى عن الخلع على عبد آبق فلا يكون فاسدًا، وإذا صح الخلع يجبُ عليها تسليم العبد.

قوله: وَعَلَى هَذَا النِّكَاحِ، يعني إذا تزوجها على عبد آبق لم يبرأ الزوج عن ضمانه، فإن قدر عليه يجبُ على الزوج تسليم عينه، وإن لم يقدر يجب تسليم قيمته كما هو الحكم كذلك هاهنا.

قوله: لِأَنَّهَا لَمَّا طَلَبَتِ الثَّلَاثَ بِأَلْفٍ فَقَدْ طَلَبَتْ كُلَّ وَاحِدَةٍ بِثُلُثِ الأَلْفِ، وَهَذَا لِأَنَّ حَرْفَ البَاءِ تَصْحَبُ الإِعْوَاضَ، إلى آخره.

فإن قيل: يشكل هذا بالبيع، فإن كل ما ذكره هاهنا موجود في البيع، ومع ذلك

لِوُجُوبِ المَالِ. (وَإِنْ قَالَتْ طَلِّقْنِي ثَلَاثًا عَلَى أَلْفٍ فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً فَلَا شَيْءَ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَيَمْلِكُ الرَّجْعَةَ، وَقَالَا هِيَ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ بِثُلُثِ الأَلْفِ) لِأَنَّ كَلِمَةَ عَلَى بِمَنْزِلَةِ البَاءِ فِي المُعَاوَضَاتِ، حَتَّى إِنَّ قَوْلَهُمْ احْمِلْ هَذَا الطَّعَامَ بِدِرْهَمٍ أَوْ عَلَى دِرْهَمٍ سَوَاءٌ، وَلَهُ أَنَّ كَلِمَةَ عَلَى لِلشَّرْطِ، قَالَ اللهُ تَعَالَى ﴿يُبَايِعْنَكَ

لا يجب ثلث الألف بحسب ما يقابله من المبيع، فإن الرجل إذا قال: بعتُ منك هؤلاء العبيد الثلاثة بألف درهم كل واحد بثلث الألف، فقبل البيع في واحد بعينه لم يجز ولم يجب ثلثُ الألف بحياله، وأقرب من هذا ما إذا قال لها: أنت طالق ثلاثـًا بألف فقبلت الواحدة لم يقع ولم يجب شيء.

قلنا: الطلاق لا يبطل بالشرط الفاسد لقبوله التعليق بالشروط والإخطار، ولا كذلك البيع، وبعد ذلك التقريب ظاهر، وأمَّا مسألة الطلاق فإن الزوج هنا راض بالبينونة مقابلًا بثلث الألف لمكان الإيقاع منه، وهناك لم يرض بالبينونة إلا وأن يكون بإزائها ألف، ولم يوجد منه بعد الإيجاب ما يدل على الرضا، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: وَإِنْ قَالَتْ طَلِّقْنِي ثَلَاثًا عَلَى أَلْفٍ فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً فَلَا شَيْءَ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، ولو قالت طلقني واحدة بألف أو على ألف، فقال أنت طالق ثلاثـًا طلقت بغير شيء، وعندهما طلقت بألف مقابلًا بالطلاق الأول بناءً على أن المأمور بالواحدة إذا أتى بالثلث هل يكون آتيـًا بالمأمور به، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قوله: وَلَهُ أَنَّ كَلِمَةَ عَلَى لِلشَّرْطِ، ولا يتضح تعليل أبي حنيفة رضي الله عنه إلا على طريق التعليل الذي علل به في «المبسوط»، حيث ادعى أن كلمة على للشرط حقيقةً، وإنما قلنا أنه لا يتم تعليله بدون دعوى الحقيقة؛ لأن لهما أن يقولا: لمَّا كانت على مستعارًا للشرط، فلم صارت تلك الاستعارة أولى من استعارتها بمعنى الباء، بل استعارتها لمعنى الباء أولى؛ لأن حقيقتها للإلزام بالاتفاق، والمناسبة بين الإلصاق واللزوم أكثر من المناسبة بين الإلزام والشرط.

عَلَى أَنْ لَا يُشْرِكْنَ بِاللهِ شَيْئًا﴾ [الممتحنة: ١٢] وَمَنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ أَنْتِ طَالِقٌ عَلَى أَنْ تَدْخُلِي الدَّارَ كَانَ شَرْطًا، وَهَذَا لِأَنَّهُ لِلُّزُومِ حَقِيقَةً، وَاسْتُعِيرَ لِلشَّرْطِ لِأَنَّهُ يُلَازِمُ الجَزَاءَ، وَإِذَا كَانَ لِلشَّرْطِ فَالمَشْرُوطُ لا يَتَوَزَّعُ عَلَى أَجْزَاءِ الشَّرْطِ، بِخِلَافِ البَاءِ لِأَنَّهُ لِلْعِوَضِ عَلَى مَا مَرَّ، وَإِذَا لَمْ يَجِبِ المَالُ كَانَ مُبْتَدَأً فَوَقَعَ الطَّلَاقُ وَيَمْلِكُ الرَّجْعَةَ. (وَلَوْ قَالَ الزَّوْجُ طَلِّقِي نَفْسَكِ ثَلَاثًا بِألفٍ أَوْ عَلَى ألفٍ فَطَلَّقَتْ نَفْسَهَا وَاحِدَةً لَمْ

وقال في «المبسوط»: قال أبو حنيفة رضي الله عنه: حرف على للشرط حقيقة؛ لأنه حرف الالتزام ولا مقابلة بين الواقع وبين ما التزم، بل بينهما معاقبة، كما يكون بين الشرط والجزاء، فكان معنى الشرط حقيقةً والتمسك بالحقيقة واجب حتى يقوم دليل المجاز، والطلاق ممَّا يحتمل التعليق بالشرطء، فلا حاجة إلى العدول عن الحقيقة إلى المجاز، وإذا كان محمولاً على الحقيقة والشرط يقابل المشروط جملةً ولا يقابله جزءًا فجزءًا، فإنما شرطت لوجوب المال عليها إيقاع الثلاث، فإذا لم يوقع لا يجب شيء من المال وبه فارق البيع والإجارة؛ لأن معنى الشرط هناك تعذر اعتباره، فإنه لا يحتمل التعليق بالشرط، فلذلك جعلنا حرف على فيهما بمعنى حرف الباء.

فإن قلتَ: يشكل هذا بالذي استعمل (على) في الطلاق وأريد به معنى الباء، فلو كانت كلمة (على) للشرط حقيقةً لكانت هي على تلك الحقيقة في جميع المواضع التي يحتمل تلك الحقيقة، وجميع مواضع الطلاق يحتمل الشرط، ومع ذلك استعملت هي فيه بمعنى الباء، وهو فيما إذا قالت المرأة لزوجها: طلقني وفلانة على ألف درهم، فطلقها وحدها كان عليها حصتها من المال، بمنزلة ما لو التمست بحرف الباء.

قلتُ: إنما حملت هناك على معنى الباء؛ لأنه لا غرضَ لها في طلاق فلانة ليجعل ذلك كالشرط منها، ولها في اشتراط إيقاع الثلاث غرض صحيح كما قلنا، كذا في «المبسوط».

قوله: فَالمَشْرُوطُ لا يَتَوَزَّعُ عَلَى أَجْزَاءِ الشَّرْطِ، حتى إذا قال: أنت طالق ثنتين إذا دخلت هذه الدار وهذه الدار، فدخلت إحداهما لا تطلق، ولو كان متوزعـًا على أجزاء الشرط

يَقَعْ شَيْءٌ) لِأَنَّ الزَّوْجَ مَا رَضِيَ بِالبَيْنُونَةِ إِلَّا لِتُسَلِّمَ لَهُ الألفَ كُلَّهَا، بِخِلَافِ قَوْلِهَا طَلِّقْنِي ثَلَاثًا بِأَلْفٍ لِأَنَّهَا لَمَّا رَضِيَتْ بِالبَيْنُونَةِ بِألفٍ كَانَتْ بِبَعْضِهَا أَرْضَى (وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ عَلَى ألفٍ فَقَبِلَتْ طَلُقَتْ وَعَلَيْهَا الألْفُ وَهُوَ كَقَوْلِهِ أَنْتِ طَالِقٌ بِأَلْفٍ) وَلا بُدَّ مِنَ القَبُولِ فِي الوَجْهَيْنِ لِأَنَّ مَعْنَى قَوْلِهِ بِأَلْفٍ بِعِوَضِ أَلْفٍ يَجِبُ لِي عَلَيْكِ، وَمَعْنَى قَوْلِهِ عَلَى ألفٍ عَلَى شَرْطِ أَلْفٍ يَكُونُ لِي عَلَيْكِ، وَالعِوَضُ لا يَجِبُ بِدُونِ

لو قعت تطليقةً واحدةً بمقابلة دخول دار واحدة منهما.

قوله: بِخِلَافِ قَوْلِهَا طَلِّقْنِي ثَلَاثًا بِأَلْفٍ، وهي المسألة التي ذكرها في الكتاب قبيل هذه المسألة.

قوله: وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ عَلَى ألفٍ فَقَبِلَتْ طَلُقَتْ، فقوله لها: أنت طالق بألف، أو على ألف، أو على أن تعطيني ألفًا، أو خلعتك على ألف، أو بارئتك، أو طلقتك بألف، يقع بالقبول في المجلس، وهذا يمين من جهته، فيصح تعليقه وإضافته ولا يصح رجوعه، ولا يبطل بقيامه عن المجلس، ويتوقف على البلوغ إليها إذا كانت غائبة؛ لأنه تعليق الطلاق بقبولها المال وهو من جهتها مبادلة فلا يصح تعليقها وإضافتها، ويصح رجوعها قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها عن المجلس، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

وقال في «المبسوط»: إن قبلت في ذلك المجلس وقع الطلاق عليها والمال دين عليها تؤخذ به؛ لأن كلام الزوج إيجابٌ للطلاق بجعل، وليس بتعليق بشرط الإعطاء، بمنزلة من يقول لغيره: بعتُ منك هذا العبد على ألف درهم؛ أو على أن تعطيني ألف درهم يكون إيجابًا لا تعليقاً، فإذا وجد القبول في المجلس وقع الطلاق ووجب المال عليها، بخلاف قوله: إن جئتني أو إذا أعطيتني، فإنه هناك قد صرح بالتعليق بالشرط، فما لم يوجد الشرط لا يقع الطلاق، والدليل على الفرق أن هناك لو كان لها على الزوج ألف فاتفقا على جعل الألف قصاصًا بما عليه لا يقع الطلاق، وهاهنا يصير قصاصاً بالدين الذي لها عليه، وقد يجوز أن يثبت الحكم بالقبول مع التصريح بالإعطاء قال الله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا۟ ٱلْجِزْيَةَ﴾ [التوبة: ٢٩] الآية، وبالقبول يثبت حكم الذمة، فإذا ثبت أن الحكم هنا يتعلق بقبول المال يشترط

قَبُولِهِ، وَالمُعَلَّقُ بِالشَّرْطِ لا يَنْزِلُ قَبْلَ وُجُودِهِ، وَالطَّلَاقُ بَائِنٌ لِمَا قُلْنَا.

(وَلَوْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ أَنْتِ طَالِقٌ وَعَلَيْكِ أَلْفٌ فَقَبِلَتْ، وَقَالَ لِعَبْدِهِ أَنْتَ حُرٌّ وَعَلَيْكَ أَلْفٌ فَقَبِلَ عَتَقَ العَبْدُ وَطَلُقَتِ المَرْأَةُ، وَلا شَيْءَ عَلَيْهِمَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَكَذَا إِذَا لَمْ يَقْبَلَا (وَقَالَا عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الأَلْفُ إِذَا قَبِلَ) وَإِذَا لَمْ يَقْبَلْ لا يَقَعُ الطَّلَاقُ وَالعَتَاقُ، لَهُمَا أَنَّ هَذَا الكَلَامَ يُسْتَعْمَلُ لِلْمُعَاوَضَةِ، فَإِنَّ قَوْلَهُمُ احْمِلْ هَذَا المَتَاعَ وَلَك دِرْهَمٌ

القبول منها في المجلس، فإن لم يقبل حتى قامت فهو باطل.

قوله: وَالطَّلَاقُ بَائِنٌ لِمَا قُلْنَا، وهو ما ذكر من الحديث والمعنى **بقوله**: وَلِأَنَّهَا لا تُسَلِّمُ المَالَ إِلَّا لِتَسَلَّمَ لَهَا نَفْسُهَا.

قوله: وَقَالَا عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الأَلْفُ إِذَا قَبِلَ، فإذا لم يقبل لا يقع الطلاق والعتاق، فعلم بهذا أن الخلاف في موضعين:

أحدهما: أن عند قبول المرأة أو العبد المال يقع الطلاق والعتاق مجانًا عند أبي حنيفة رضي الله عنه ولا يعتبر بقبولهما، وعندهما يجب على المرأة والعبد المالُ عند القبول.

والثاني: أنَّهما إذا لم يقبلا المال يقع الطلاق والعتاق أيضًا عند أبي حنيفة رضي الله عنه كما عند القبول، وعندهما عند عدم قبول المال لا يقعان، وعلى هذا الخلاف إذا قالت المرأة لزوجها: طلقني ولك ألف درهم، وكذا إذا قال العبدُ لمولاه: أعتقني ولك ألف درهم، هما يقولان: الطلاق بالمال والعتاق بالمال عقد معاوضة، فالبدل المقرون به بهذا اللفظ يكون عوضًا كما في البيع والإجارة.

يوضحه: أن الواو قد يكون بمعنى الحال، ولا وجه لتصحيح كلامه إلا أن يحمل على ذلك، فيصير كأنه قال: أنت طالق في حال ما يجبُ لي عليك بألف درهم، ولا يكون ذلك إلا بعد قبولها، وأبو حنيفة رحمه الله يقول: قوله أنت طالق إيقاع، وقوله: وعليك ألف درهم عطف، فإن الواوَ للعطف حقيقةً والكلام محمول على حقيقته حتى يقوم الدليل على المجاز،

بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِمْ بِدِرْهَمٍ، وَلَهُ أَنَّهُ جُمْلَةٌ تَامَّةٌ فَلَا تَرْتَبِطُ بِمَا قَبْلَهُ إِلَّا بِدَلَالَةٍ، إِذِ الأَصْلُ فِيهَا الِاسْتِقْلَالُ وَلَا دَلَالَةَ، لِأَنَّ الطَّلَاقَ وَالعَتَاقَ يَنْفَكَّانِ عَنِ المَالِ، بِخِلَافِ البَيْعِ وَالإِجَارَةِ لِأَنَّهُمَا لا يُوجَدَانِ دُونَهُ.

(وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ عَلَى ألفٍ عَلَى أَنِّي بِالخِيَارِ أَوْ عَلَى أَنَّكِ بِالخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَقَبِلَتْ فَالخِيَارُ بَاطِلٌ إِذَا كَانَ لِلزَّوْجِ، وَهُوَ جَائِزٌ إِذَا كَانَ لِلْمَرْأَةِ، فَإِنْ رَدَّتِ الخِيَارَ فِي الثَّلَاثِ بَطَلَ، وَإِنْ لَمْ تَرُدَّ طَلُقَتْ وَلَزِمَهَا الأَلْفُ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ (وَقَالَا:

وأحد العوضين لا يعطف على الآخر، وكذلك الشرط لا يعطف على الجزاء، فعرفنا أنه ابتداء كلامٍ غير متعلق بما سبق فيبقى إيقاع الطلاق والعتاق مُتَعَرِّياً عن البدل والشرط.

وقوله: وعليك ألف دعوى مال عليها ابتداءً، وقولها: ولك ألف درهم إيجاب صلةٍ مبتدأةٍ له فكان وعدًا منها إيَّاه المال، والمواعيد لا يتعلق بها اللزوم؛ ولأن أكثر ما في الباب أن حرف الواو محتملًا لجميع ما ذكرنا والمال بالشك لا يجبُ.

بخلاف قوله: أدِّ إليَّ ألفًا وأنت حر؛ لأن أول كلامه غير مفيد شيئًا إلا بآخره، فإنه يصير به تعليقًا للعتق بأداء المال، وهاهُنا أول الكلام إن صدر من الزوج بأن قال: أنت طالق وعليك ألف درهم، كان إيقاعًا مُفيدًا منه بدون آخره، فلا حاجة إلى أن نحمله على الحال، وإن صدر منها فهو التماس صحيح منها على ما ذكرنا فلهذا لا يحمل على واو الحال، كذا ذكره شمس الأئمَّة السرخسي رحمه الله.

قوله: لِأَنَّهُمَا لا يُوجَدَانِ دُونَهُ، أي: لأن البيع والإجارة لا يوجدان بدون المال، فكان دليل المجاز هناك قائمًا من حيث أنَّهما يستدعيان العوض لا محالة، بخلاف ما نحن فيه، ألا ترى أن في الإجارة لو قال للخياط: خط هذا الثوب، ولم يذكر العوض يكون استئجارًا بأجر المثل، وهنا إذا لم يذكر العوض لا يجب، كذا ذكره شمس الأئمة، وقاضي خان.

قوله: فَإِنْ رَدَّتِ الخِيَارَ فِي الثَّلَاثِ بَطَلَ، أي: ردت خيارَ الطلاق بطل الطلاق ولا يقع.

الخِيَارُ بَاطِلٌ فِي الوَجْهَيْنِ، وَالطَّلَاقُ وَاقِعٌ وَعَلَيْهَا أَلْفُ دِرْهَمٍ) لِأَنَّ الخِيَارَ لِلْفَسْخِ بَعْدَ الِانْعِقَادِ لا لِلْمَنْعِ مِنَ الِانْعِقَادِ، وَالتَّصَرُّفَانِ لا يَحْتَمِلَانِ الفَسْخَ مِنَ الجَانِبَيْنِ لِأَنَّهُ فِي جَانِبِهِ يَمِينٌ وَمِنْ جَانِبِهَا شَرْطُهَا، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الخُلْعَ فِي جَانِبِهَا بِمَنْزِلَةِ البَيْعِ حَتَّى يَصِحَّ رُجُوعُهَا، وَلا يَتَوَقَّفُ عَلَى مَا وَرَاءِ المَجْلِسِ فَيَصِحُّ اشْتِرَاطُ الخِيَارِ فِيهِ،

وذكر في «الجامع الصغير» لقاضي خان: فإن ردت الطلاق في الأيام الثلاثة بطل الطلاق، وإن أجازت الطلاق أو لم ترد حتى مضت مدة الخيار فالطلاق واقع ويلزمها الألف.

قوله: وَالتَّصَرُّفَانِ، وهما إيجاب الزوج وقبول المرأة، أمَّا إيجاب الزوج فإنه يمين؛ لأنه ذكر شرط وجزاء معنى، واليمين لا تقبل الفسخ، وأمَّا قبول المرأة فإنه شرط تمام اليمين، فإن يمين الزوج تتم بقبول المرأة، فأخذ قبولها حكم اليمين في عدم احتمال الانفساخ، والخيار للفسخ بعد الانعقاد، وهذان التصرفان لا يحتملان الانفساخ فلذلك لغا شرط ذكر الخيار من الجانبين.

قوله: وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ الخُلْعَ فِي جَانِبِهَا بِمَنْزِلَةِ البَيْعِ حَتَّى يَصِحَّ رُجُوعُهَا، وَلا يَتَوَقَّفُ عَلَى مَا وَرَاءِ المَجْلِسِ، وهذان الحكمان بالاتفاق؛ لأنه ذكر في سائر المواضع من «شرح فخر الإسلام»، و«شمس الأئمَّة» وغيرهما بلفظ: ألا ترى أنَّها لو رجعت صح ولو قامت بطل كما في البيع، وأمَّا قولهما: فمن جانبها شرط اليمين.

قلنا: نعم قبول المرأة شرط في حق الزوج، فأمَّا في نفسه فتمليك مال جعل شرطًا بهذا الوصف، كرجلٍ قال لآخر: إن بعتك هذا العبد بكذا فعبدي هذا الآخر حرٌّ، أنه معلق بالمعاوضة فلم يمنع كونه معاوضة عن أن يكون شرطًا لليمين، فكذا هذا.

وإذا كان كذلك ثبت فيه الخيار، ثمَّ لما بطل القبول بالرد بحكم الخيار بطل كونه شرطًا؛ لأن كونه شرطاً قائم بهذا الوصف، وهو أنه تمليك مال والعقود ثلاثة أقسام: لازم لا يحتمل الفسخ وهو النكاح، وغير لازم فلا يليق به الخيار كالوكالة، ولازم يحتمل الفسخ وهو البيع والكتابة ونحوهما، والخيار ما شرع إلا في هذا القسم، إلى هذا أشار فخر الإسلام.

أَمَّا فِي جَانِبِهِ يَمِينٌ حَتَّى لا يَصِحُّ رُجُوعُهُ وَيَتَوَقَّفُ عَلَى مَا وَرَاءِ المَجْلِسِ، وَلا خِيَارَ فِي الأَيْمَانِ، وَجَانِبُ العَبْدِ فِي العَتَاقِ مِثْلُ جَانِبِهَا فِي الطَّلَاقِ.

(وَمَنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ طَلَّقْتُكِ أَمسِ عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ فَلَمْ تَقْبَلِي فَقَالَتْ قَبِلْتُ فَالقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ، وَمَنْ قَالَ لِغَيْرِهِ بِعْتُ مِنْكَ هَذَا العَبْدَ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ أَمسِ فَلَمْ تَقْبَلْ فَقَالَ: قَبِلْتُ فَالقَوْلُ قَوْلُ المُشْتَرِي) وَوَجْهُ الفَرْقِ أَنَّ الطَّلَاقَ بِالمَالِ يَمِينٌ مِنْ جَانِبِهِ فَالإِقْرَارُ بِهِ

فإن اختارت في ذلك المجلس فلها ما اختارت، وإن لم تقل شيئًا حتى قامت فالطلاق واقع والخلع ثابت.

قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: وبه نأخذ، كذا في «الفصول» للإمام الأستروشني.

قوله: وَجَانِبُ العَبْدِ فِي العَتَاقِ مِثْلُ جَانِبِهَا فِي الطَّلَاقِ، يعني يصح الخيار من العبد إذا خيَّره المولى في الإعتاق على مالٍ، كما يصحُّ الخيار في الخلع من جانب المرأة، والجامع بينهما هو أن للمرأة لا يحصل شيء؛ لأن البضع ليس له حكم مال عند الخروج، وكذلك مالية العبد يتلف على ملك المولى بالاعتاق، وقبول المال جائز في العتاق والطلاق.

قوله: وَوَجْهُ الفَرْقِ، إلى آخره، وهو أن إيجاب الطلاق بالقبول بالمال تعليق الطلاق بالقبول، ولهذا لا يصح الرجوع منه فكان القبول شرطًا، والزوجان إذا اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج؛ لأن الإقرار بالتعليق لا يكون إقرارًا بوجود الشرط؛ لأن التعليق يمين فعند وجود الشرط لم يبق يمينًا، فكان وجود الشرط ضد اليمين، فكيف يكون الإقرار بالشيء إقرارًا بضده.

فلمَّا لم يتناول الإقرار باليمين الإقرارَ بوجود الشرط كان الإنكار بوجود الشرط بمنزلة الإنكار ابتداءً، فكان القول قول المنكر كما في سائر الدعاوي، وأمَّا البيع فمعاوضة فلا يتم إلا بالإيجاب والقبول جميعًا، ولهذا يملك الرجوع قبل قبول المشتري، فكان الإقرارُ بالبيع إقرارًا بالإيجاب والقبول جميعًا، فإذا أنكر القبول بعد ذلك كان رجوعًا عمَّا أقر به فلا يصح حتى لو قال لها: بعتك طلاقك أمس، فلم تقبلي، فقالت: قبلتُ، كان القول قولها كما في بيع

يَكُونُ إِقْرَارًا بِالشَّرْطِ لِصِحَّتِهِ بِدُونِهِ، أَمَّا البَيْعُ فَلَا يَتِمُّ إِلَّا بِالقَبُولِ وَالإِقْرَارُ بِهِ إِقْرَارٌ بِمَا لَا يَتِمُّ إِلَّا بِهِ فَإِنْكَارُهُ القَبُولَ رُجُوعٌ مِنْهُ.

قَالَ: (وَالمُبَارَأَةُ كَالخُلْعِ كِلَاهُمَا يُسْقِطَانِ كُلَّ حَقٍّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ عَلَى الآخَرِ

العروض، وكذا لو قال لعبده: بعتكِ نفسك أمس بألف فلم تقبل، وقال: العبد قبلتُ، كان القول قول العبد، ولو قال: أعتقتك أمس على ألف فلم يقبل، وقال العبد: قبلتُ، كان القول قول المولى، وهذا والطلاق سواء.

قوله: لِصِحَّتِهِ بِدُونِهِ، أي لصحة اليمين بدون الشرط على ما ذكرنا.

قوله: وَالمُبَارَأَةُ كَالخُلْعِ، إلى آخره، يقال: بارأ شريكه، أي: أبرأ كل منهما صاحبه، ومنه قولهم: المُبَارَأَةُ كَالخُلْعِ، وترك الهمزة خطأ كذا في «المغرب».

اعلم أن الرجل إذا قال لامرأته: خالعتك، ولم يذكر المال أصلًا، فقالت المرأة: قبلتُ، لا يسقط شيء من المهر، هذا جواب ظاهر الرواية.

وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله في أول إقرار «الكافي»: إذا قال لها: خالعتك، فقالت: قبلتُ، يقع الطلاق وتقع البراءة للزوج عن المهر إن كان عليه مهرٌ، وإن لم يكن عليه مهر يجب عليها ردُّ ما ساق إليها من المهر؛ لأن المال مذكور عرفًا بذكر الخلع، وهكذا ذكر القاضي الإمام ركن الإسلام عليٌّ السُّغديّ(١) رحمه الله.

وإذا قالت بالفارسية: (خويشتن خريدم از تو)، وقال الزوج: فروختم، يقع تطليقةً بائنةً

(١) هو الإمام الفقيه، القاضي، أبو الحسين، ركن الإسلام، علي بن الحسين بن محمد، السُّغدي، الملقَّب بشيخ الإسلام، قال السمعاني واللكنوي: كان إماماً فاضلًا فقيهاً مناظرًا، سكنَ ببخارى وتصدر للإفتاء وولى القضاء، انتهت إليه رياسة الحنفية، ورحل إليه في النوازل والواقعات، تكرر ذكره في «فتاوى قاضيخان»، وسائر مشاهير الفتاوى، أخذ الفقه عن شمس الأئمة السرخي وروى عنه «شرح السير الكبير»، وتوفي ببخارى سنة (٤٦١ هـ)، من تصانيفه «النتف في الفتاوى»، و«شرح السير الكبير».
والسُّغد: بضم السين وسكون الغين وفي آخرها دال ناحية كثيرة المياه والأشجار من نواحي سمرقند.
انظر: «الجواهر المضية» (٢/ ٥٦٧)، «الفوائد البهية» (ص: ١٢١) وغيرهما.

مِمَّا يَتَعَلَّقُ بِالنِّكَاحِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لا يَسْقُطُ فِيهِمَا إِلَّا مَا سَمَّيَاهُ، وَأَبُو يُوسُفَ مَعَهُ فِي الخُلْعِ وَمَعَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي المُبَارَأَةِ، لِمُحَمَّدٍ أَنَّ هَذِهِ مُعَاوَضَةٌ

ولا ترد ما قبضت من المهر، فإن لم يقبض برئ الزوج من المهر؛ لأن الخلع يوجب البراءة، وإذا خالعها على مهرها فهذا على وجهين:

إمَّا أن خالعها والمهر مقبوض وذلك ألف درهم مثلًا، والمرأة مدخول بها كان عليها رد ما قبضت من المهر أو رد مثله، وإن كان غير مقبوض سقط عن الزوج جميع المهر؛ لأنه وجب للزوج عليها ألف درهم؛ لأنه خالعها على مهرها ومهرها ألف، وكان للمرأة على الزوج مثل ذلك فيلتقيان قصاصًا، ولا يتبع أحدهما صاحبه بشيء من المهر بسبب الطلاق في الفصلين جميعًا، وإن لم يكن الزوج دخل بها فخالعها والمهر مقبوض، فالقياس أن يرجع الزوج عليها بألف وخمسمائة، ألف بدل الخلع وخمسمائة نصف المهر بالطلاق قبل الدخول.

وفي الاستحسان يرجع عليها بألف درهم لا غير، خمسمائة بدل الخلع وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول، وإن كان المهر غير مقبوض فالقياسُ أن يرجع الزوج عليها بخمسمائة، وفي الاستحسان لا يرجع عليها بشيء ويبرأ عن جميع المهر.

وبيان وجه الاستحسان أنه أضاف الخلعَ إلى مهرها ومهرُها ما يجب لها بالنكاح، والواجب لها بالنكاح متى وردَ الطلاقُ قبل الدخول نصف المهر وذلك خمسمائة، فكأنه خالعها على خمسمائة.

هذا إذا خالعها على جميع مهرها، وإن خالعها على بعض مهرها بأن خالعها على عُشر مهرها مثلًا، والمهر مقبوض وذلك ألف والمرأة مدخول بها، فللزوج عليها من المهر مائة بدل الخلع، والباقي سالم لها، وإن كان غيرَ مقبوض سقط عن الزوج عشر المهر بدل الخلع بلا خلاف، ويسقط التسعُ مائة الباقيةُ بسبب الخلع عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن الخلع عنده يوجب براءة كل واحدٍ منهما عن صاحبه عن حقوق النكاح، سمي ذلك في الخلع أو لم يسم.

وعندهما لا يسقط التسع مائة الباقية؛ لأن عندهما لا يسقط بالخلع إلا ما سمَّيا فيه، هذا إذا خالعها على جميع مهرها أو على بعض مهرها، وإن بارأها على جميع مهرها أو على بعض

وَفِي المُعَاوَضَاتِ يُعْتَبَرُ المَشْرُوطُ لا غَيْرُهُ، وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ المُبَارَأَةَ مُفَاعَلَةٌ مِنَ البَرَاءَةِ فَتَقْتَضِيهَا مِنَ الجَانِبَيْنِ وَأَنَّهُ مُطْلَقٌ قَيَّدْنَاهُ بِحُقُوقِ النِّكَاحِ لِدَلالَةِ الغَرَضِ،

مهرها فعند محمد رحمه الله الجواب فيه كالجواب في الخلع لا يسقط إلا ما سمَّيا فيه، وعندهما الجواب فيه كالجواب في الخلع على قول أبي حنيفة رحمه الله، حتى يرى كل واحدٍ منهما عن صاحبه عن جميع حقوق النكاح، وأمَّا إذا خالعها على مال مسمى معروف سوى الصداق، فإن كانت المرأة مدخولًا بها والمهر مقبوض فإنها تسلم إلى الزوج بدل الخلع، ولا يتبع أحدهما صاحبه بعد الطلاق بشيء، وإن كان المهر غير مقبوض فالمرأة تسلم إلى الزوج بدل الخلع، ولا ترجع على الزوج بشيء من المهر عند أبي حنيفة رحمه الله خلافًا لهما، بناء على الأصل الذي قلنا.

وأمَّا إذا كانت المرأة غير مدخولٍ بها والمهر مقبوض فإن الزوج يأخذ منها بدل الخلع، ولا يرجعُ عليها بنصف المهر بسبب الطلاق قبل الدخول عند أبي حنيفة رحمه الله، وإن لم يكن المهر مقبوضًا يأخذ الزوج منها بدل الخلع وهي لا ترجع على زوجها بنصف المهر عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما.

وأمَّا إذا بارأها بمال معلوم سوى المهر فالجوابُ فيه عند محمدٍ كالجواب في الخلع عنده، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله الجواب فيه كالجواب في الخلع عند أبي حنيفة ر حمه الله.

وأمَّا نفقة العدة ومؤنة السكنى، إن شرط ذلك في الخلع والمبارأة يقع البراءة عنهما للزوج بلا خلاف، وإن لم يشترط ذلك في الخلع والمبارأة لا تقع البراءة بالإجماع، أمَّا على قولهما فلا يشكل، وأمَّا على قول أبي حنيفة رحمه الله فإن عنده الخلع إنَّما يوجب البراءة عن حقوق قائمة وقت الخلع، ونفقة العدة تجب شيئًا فشيئًا، والخلع لا يمنع ثبوت حق بعده بسبب يُوجد بعده، كذا في «الذخيرة».

وذكر في «المبسوط»: وإن اختلعت منه بشيءٍ مسمى معروفٍ، ولها عليه مهر وقد دخل بها أو لم يدخل بها لزمها ما سمَّت له، ولا شيء لها ممَّا سمي على الزوج من المهر

أَمَّا الخُلْعُ فَمُقْتَضَاهُ الِانْخِلَاعُ وَقَدْ حَصَلَ فِي نَقْضِ النِّكَاحِ وَلَا ضَرُورَةَ إِلَى انْقِطَاعِ الأَحْكَامِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الخُلْعَ يُنْبِئُ عَنِ الفَصْلِ وَمِنْهُ خَلَعَ النَّعْلَ وَخَلَعَ

في قول أبي حنيفة رحمه الله، وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لها أن يرجع عليها بالمهر إن كان قد دخل بها، وبنصف المهر إن كان لم يدخل بها.

وكذلك لو كانت أخذت المهر ثم خلعها قبل الدخول على شيء مسمى فليس للزوج أن يرجع عليها بشيء من المهر في قول أبي حنيفة رحمه الله، وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يرجع عليها بنصف المهر، وإن كان العقد بينهما بلفظ المبارأة فكذلك الجوابُ في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، يعني عند أبي حنيفة رحمه الله تسقط الحقوق الواجبة بالنكاح كما هو مذهبه في الخلع، وعند محمدٍ رحمه الله لا يسقط كما هو مذهبه في لفظ الخلع.

وقال أبو يوسف رحمه الله في المبارأة الجواب كما قاله أبو حنيفة رحمه الله، والحاصل أن الخلع والمبارأة عند أبي حنيفة رحمه الله يوجبان براءة كل واحدٍ منهما عن صاحبه من الحقوق الواجبة بالنكاح، إلى آخره كما هو المذكور في الكتاب.

وجه قول محمد رحمه الله أن هذا طلاق بعوض، فيجب به العوض المسمَّى ولا يسقط شيء من الحقوق الواجبة، كما لو كان بلفظ الطلاق، والدليل عليه أنه لو كان لأحدهما على الآخر دين واجب بسبب آخر، أو عين في يده لا يسقط شيء من ذلك بالخلع والمبارأة، فكذلك الحقوق الواجبة بالنكاح، والدليل عليه أن نفقة عدتها لا تسقط وهي من الحقوق الواجبة بالنكاح فكذلك المهر.

وأبو حنيفة رحمه الله يقول: المقصود بهذا العقد لا يتم إلا بإسقاط الحقوق الواجبة بالنكاح، فلإتمام المقصود يتعدى حكم هذا العقد إلى الحقوق الواجبة بالنكاح لكل واحد منهما؛ وهذا لأن الخلع إنما يكون عند النشوز، وسبب النشوز الوصلة التي بينهما بسبب النكاح، فتمام انقطاع المنازعة والنشوز إنما يكون بإسقاط ما وجب باعتبار تلك الوصلة، وفي لفظهما ما يدل عليه، فإن المبارأة مشتقة من البراءة، والخلع من الخَلْع وهو الانتزاع.

وأمَّا سائر الديون فوجوبها ما كان بسبب وصلة النكاح والنشوز، والمنازعة لم يتحقق

العَمَلَ وَهُوَ مُطْلَقٌ كَالمُبَارَأَةِ فَيُعْمَلُ بِإِطْلَاقِهِمَا فِي النِّكَاحِ وَأَحْكَامِهِ وَحُقُوقِهِ.

قَالَ: (وَمَنْ خَلَعَ ابْنَتَهُ وَهِيَ صَغِيرَةٌ بِمَالِهَا لَمْ يَجُزْ عَلَيْهَا) لِأَنَّهُ لا نَظَرَ لَهَا فِيهِ إِذَا البِضْعُ فِي حَالَةِ الخُرُوجِ غَيْرُ مُتَقَوِّمٍ، وَالبَدَلُ مُتَقَوِّمٌ،

فيه فلذلك لا يسقط، وأمَّا نفقة العدة فهي غير واجبة عند الخلع، وإنما تجب شيئًا فشيئًا، والخلع والمبارأة إسقاط لما هو واجب بحكم النكاح في الحال.

وذكر قبيل هذا في «المبسوط»: فإن كان الزوج اشترط عليها البراءة من النفقة والسكنى فهو بريء من النفقة؛ لأنها أسقطت حقها، ووجوب النفقة لها في العدة باعتبار حالة الفرقة، حتى إذا كانت ممَّن لا يستحق النفقة عند ذلك لا يستحقها من بعد فيصح إسقاطها، ولكن في ضمن الخلع تبعًا له، حتى لو أسقطت نفقتها بعد الخلع بإبراء الزوج عنها لا يصح ذلك؛ لأنَّها مقصودة بالإسقاط، فلا يكون إلا بعد وجوبها، وهي تجب شيئًا فشيئًا بحسب المدة، ولا يصح إبراؤها عن السكنى في الخلع؛ لأن خروجها من بيت الزوج معصية، قالوا: ولو أبرأته عن مؤنة السكنى بأن سكنت في بيت نفسها، أو التزمت مؤنة السكنى من مالها، صح ذلك مشروطًا في الخلع؛ لأنه خالص حقها.

قوله: وَمَنْ خَلَعَ ابْنَتَهُ وَهِيَ صَغِيرَةٌ بِمَالِهَا لَمْ يَجُزْ عَلَيْهَا، ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله، وقول محمد رحمه الله في الكتاب: لم يجز مُحتمل، يحتمل أن لا يقع الطلاق، والصحيح أن الطلاق واقع، وعدم الجواز منصرف إلى المال، نصَّ عليه في «المنتقى» فقال: لأن لسان الأب كلسانها.

ولو خلع امرأته الصغيرة على مهرها فقبلت، أو قالت الصغيرة لزوجها: اخلعني على مهري، ففعل وقع الطلاق بغير بدل.

وكذا الأمة إذا اختلعت من زوجها بغير إذن المولى، إلا أن الأمة تؤاخذ بالبدل بعد العتق؛ لأنها من أهل الالتزام، والمانع حق المولى وقد زال، والصغيرة لا تؤاخذ به أصلًا؛ لأنها ليست من أهل الالتزام.

بِخِلَافِ النِّكَاحِ لِأَنَّ البِضْعَ مُتَقَوِّمٌ عِنْدَ الدُّخُولِ وَلِهَذَا يُعْتَبَرُ خَلْعُ المَرِيضَةِ مِنَ الثُّلُثِ وَنِكَاحُ المَرِيضِ بِمَهْرِ المِثْلِ مِنْ جَمِيعِ المَالِ، وَإِذَا لَمْ يَجُزْ لا يَسْقُطُ المَهْرُ وَلا يَسْتَحِقُّ مَالَهَا، ثُمَّ يَقَعُ الطَّلَاقُ فِي رِوَايَةٍ، وَفِي رِوَايَةٍ لا يَقَعُ، وَالأَوَّلُ أَصَحُّ لِأَنَّهُ تَعْلِيقٌ بِشَرْطِ قَبُولِهِ فَيُعْتَبَرُ بِالتَّعْلِيقِ بِسَائِرِ الشُّرُوطِ.

قوله: بِخِلَافِ النِّكَاحِ، أي: أن البضع متقوم عند الدخول، حتى أن الرجل إذا زوج ابنه الصغير امرأة بمهر المثل يصح؛ لأنه قابل المتقوم بالمتقوم؛ لأن البضع متقوم والصداق متقوم.

قوله: وَلِهَذَا يُعْتَبَرُ، متصل **بقوله:** غَيْرُ مُتَقَوِّمٍ.

وقوله: وَنِكَاحُ المَرِيضِ، يتصل **بقوله:** مُتَقَوِّمٌ عِنْدَ الدُّخُولِ، وإذا لم يجز الخلع لما أن ولاية الإباء مقيَّدة بشرط النظر، ولا نظر في هذا العقد؛ لأنه قابل متقوماً، وهو مال الصغيرة، بغير المتقوم، وهو البضع؛ لما ذكرنا أن البضع حالة الخروج غير متقوم هل يقع الطلاق عن الصغيرة؟ فيه روايتان.

هذا إذا قبل الأب، فإن قبلت هي إن كانت من أهل القبول بأن كانت تعرف أن الخلع شرع سالبًا والنكاح شرع جالبًا، وقع الطلاق بالاتفاق، ولا يلزمها المال، وإن لم تقبل هل يقع؟

ذكر شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله اختلفوا فيه، وذكر أبو اليُسر رحمه الله: والصحيح أنه يقع، وفي «شرح الشهيد» رحمه الله فيه روايتان، والأصح أنه يقع؛ لأن العاقد هو الأب فيعتبر قبوله، والزوج علق وقوع الطلاق بقبوله، ولو علق بشرط آخر يقع، كما إذا علق بدخوله الدار وغيره، وكذا إذا علق بقبوله، ولهذا المعنى قلنا: أنه إذا خالع امرأته وهي صغيرة عاقلة وقبلت يقع الطلاق إن كان لا يسقط المهر كذلك هاهنا.

وجه الرواية التي قال لا يقع، هو أن الخلع في معنى اليمين، والأيمان لا تجري فيها النيابة، ولو انعقد من الأب انعقد بطريق النيابة، إلا أن هذا لا يقوي، فإن الأب يو جد منه شرط اليمين لا نفس اليمين، وشرط اليمين يصح من كل أحد، كذا في «شرح صدر الإسلام»،

(وَإِنْ خَالَعَهَا عَلَى أَلْفٍ عَلَى أَنَّهُ ضَامِنٌ فَالْخُلْعُ وَاقِعٌ وَالأَلْفُ عَلَى الأَبِ) لِأَنَّ اشْتِرَاطَ بَدَلِ الخُلْعِ عَلَى الأَجْنَبِيِّ صَحِيحٌ فَعَلَى الأَبِ أَوْلَى، وَلَا يَسْقُطُ مَهْرُهَا؛

و«قاضي خان»، و«التمرتاشي» رحمهم الله.

قوله: وَإِنْ خَالَعَهَا عَلَى ألفٍ عَلَى أَنَّهُ ضَامِنٌ فَالخُلْعُ وَاقِعٌ، أي: جائز.

فإن قيل: الضمان عبارة عن تحمل ما على الأصيل، وبدل الخلع هنا غير واجب على غيره بالإجماع، فكيف يصح الضمان منه؟

قلنا: المرادُ من الضمان هنا التزام المال لا التحمل بطريق التجوز، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

وذكر الإمام قاضي خان: ولم يرد بهذا الضمان الكفالة عن الصغيرة؛ لأن الزوج لا يستحق مالًا على الصغيرة فلا يكون كفالة، لكن تفسير الضمان التزامُ الألف ابتداءً لا بجهة الكفالة.

قوله: لِأَنَّ اشْتِرَاطَ بَدَلِ الخُلْعِ عَلَى الأَجْنَبِيِّ صَحِيحٌ فَعَلَى الأَبِ أَوْلَى، فوجه الأولوية ظاهرٌ، وهو أن للأب ولاية التصرف في مال ولده الصغير بيعًا، وشرًى، وإجارةً، وإبضاعًا، وإيداعًا، ولا تجوز هذه التصرفات من الأجنبي، ثم اشتراط بدل الخلع على نفسه تصرف من التصرفات، فلمَّا جاز ذلك من الأجنبي مع أنه ليس له ولاية عامة التصرفات في مال الصغير، فلأن يجوز من الأب وله ذلك أَوْلَى.

فإن قلتَ: ما الفرق بين هذا وبين ما إذا أعتق عبده على مال على الأجنبي حيث لا يصح، ويعتق العبد مجانًا، وكذا لو تزوج وشرط المهر على غيره لا يصح، وكذا إذا باع شيئًا وشرط الثمن على غير المشتري لا يصح، وهنا اشتراط بدل الخلع على الأجنبي أو على الأب جائز؟

قلتُ: إنما جاز ضمان الأجنبي أو الأب هاهُنا؛ لأن الأجنبي أو الأب في معنى المرأة في باب الخلع، لما أن المرأة لا تملك بالخلع شيئًا بل يسقط ملك الزوج، وجاز أخذ المال منها إذا رضيت بوجوب المال، فكذلك يجوز أخذ المال من الأجنبي إذا رضي بوجوب المال، بخلاف العتق فإن الأجنبي هناك ليس في معنى العبد في حق التزام المال، فإن العبد يحصل له

لِأَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ تَحْتَ وِلَايَةِ الأَبِ.

الحرية والعتق الذي هو عبارة عن القوة، يقال: عتق الفرخُ، إذا قوي وطار عن وكره، والقوة معنى يثبت فيه بالعتق، ولا يحصل للأجنبي شيء فلم يكن الأجنبي في معنى العبد، فلذلك لم يجز أن تثبت القوة في العبد وعوضه مستحق على غيره، وكذلك في البيع والنكاح.

وحاصله أنه يجوز اشتراط البدل على الأجنبي في الإسقاطات دون الإثباتات، غير أن في اشتراط المهر على الغير يبقى النكاح بلا مهر، والنكاح بلا مهر جائز بمهر المثل، وفي اشتراط الثمن على غير المشتري يبقى البيع بلا ثمن، والبيع بلا ثمن فاسد، فلمَّا كان الخلع من باب الإسقاطات كان وجوبُ المال على الأجنبي بمقابلة الإسقاط وهو جائز، ألا ترى أن رسول الله صلى الله عليه وسلَّم جوَّز قضاء الدين، وأنه إسقاط وليس بتمليك؛ لأن تمليك الدين من غير من عليه الدين باطل، فلمَّا جاز في قضاء الدين جاز في الخلع، إلى هذا أشار صدر الإسلام، وصاحب «الفوائد»، وقاضي خان رحمهم الله.

اعلم أن هاهُنا مسألة ذكرها صاحب «الذخيرة»، وهي: أن بدل الخلع إذا كان مضافاً إلى الأجنبي إضافة ملك، أو إضافة ضمانٍ لا يشترط قبولُ المرأة، ولا تجعل المرأة عاقدةً، صورته: أن يقول أجنبي للزوج: خالع امرأتك على ألفٍ عليَّ، أو عليَّ ألف على أنِّي ضامن، أو يقول: خالع امرأتك على عبدي هذا، أو على داري هذه، ففعل فالخلع واقع ولا يحتاج إلى قبول المرأة؛ لأن العاقد في هذه الصورة الأجنبي؛ لأن خطاب الخلع جرى منه فلا يشترط قبول المرأة؛ وذلك لأن القبول إنَّما يشترط ممَّن عليه البدل لا ممَّن يقع عليه الطلاق؛ لأن القبول إنما يشترط لوجوب البدل لا لوقوع الطلاق.

وأمَّا إذا قال الأجنبي: اخلع امرأتك على هذا العبد، أو على هذه الدار، أو على هذه الألف، فالقبول إلى المرأة؛ لأن خطاب الخلع وإن جرى بين الأجنبي وبين الزوج، ولكن البدل مرسل، وفي مثل هذه الصورة يجعل العاقد المرأة.

قوله: لِأَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ تَحْتَ وِلَايَةِ الأَبِ؛ لأنه ليس من النظر، وإنما يدخل في ولاية الأب ما هو نظر للصغير فيه.

(وَإِنْ شَرَطَ الأَلْفَ عَلَيْهَا تَوَقَّفَ عَلَى قَبُولِهَا إِنْ كَانَتْ مِنْ أَهْلِ القَبُولِ، فَإِنْ قَبِلَتْ وَقَعَ الطَّلَاقُ) لِوُجُودِ الشَّرْطِ (وَلا يَجِبُ المَالُ) لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ أَهْلِ الغَرَامَةِ فَإِنْ قَبِلَهُ الأَبُ عَنْهَا فَفِيهِ رِوَايَتَانِ (وَكَذَا إِنْ خَالَعَهَا عَلَى مَهْرِهَا وَلَمْ يَضْمَنِ الأَبُ المَهْرَ تَوَقَّفَ عَلَى قَبُولِهَا، فَإِنْ قَبِلَتْ طَلُقَتْ وَلا يَسْقُطُ المَهْرُ) وَإِنْ قَبِلَ الأَبُ عَنْهَا فَعَلَى الرِّوَايَتَيْنِ (وَإِنْ ضَمِنَ الأَبُ المَهْرَ وَهُوَ أَلْفُ دِرْهَمٍ طَلُقَتْ) لِوُجُودِ قَبُولِهِ وَهُوَ الشَّرْطُ وَيَلْزَمُهُ خَمْسُمِائَةٍ اسْتِحْسَانًا، وَفِي القِيَاسِ يَلْزَمُهُ الأَلْفُ، وَأَصْلُهُ فِي الكَبِيرَةِ

قوله: وَإِنْ شَرَطَ الأَلْفَ عَلَيْهَا، أي: شرط الزوج الألف على الصغيرة.

قوله: إِنْ كَانَتْ مِنْ أَهْلِ القَبُولِ، بأن كانت تعقل العقد وتعبر عن نفسها، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قوله: فَإِنْ قَبِلَهُ الأَبُ عَنْهَا فَفِيهِ رِوَايَتَانِ، هذا القبول هو في معنى الشرط في رواية يصح؛ لأن هذا نفع محض؛ لأن الصغيرة تتخلص عن عهدته بغير مال فصح من الأب كقبول الهبة.

وفي رواية لا يصح؛ لأن هذا القبولَ بمعنى شرط اليمين، وذلك ممَّا لا يحتمل النيابة، كذا في «المبسوط» لفخر الإسلام رحمه الله.

قوله: وَإِنْ ضَمِنَ الأَبُ المَهْرَ، أي في صورة خلع الأبِ مع الزوج.

قوله: وَيَلْزَمُهُ خَمْسُمِائَةٍ - أي يلزم الأب خمسمائة - اسْتِحْسَانًا؛ لأن المسألة مصورة فيما إذا لم يدخل الزوج بها، بدليل إيراد أصل هذه المسألة في الكبيرة التي لم يدخل بها، ثم لمَّا كانت الصغيرة غير مدخول بها وكان المهر ألفًا فأضاف الخلع إلى مهرها، ومهرها ما يجب لها بالنكاح، والواجب لها بالنكاح في الطلاق قبل الدخول نصف المهر، وذلك خمسمائة، فكأنه خالعها على خمسمائة صريحًا، وذكرنا قبيل هذا وجه الاستحسان والقياس من «الذخيرة».

إِذَا اخْتَلَعَتْ قَبْلَ الدُّخُولِ عَلَى أَلْفٍ وَمَهْرُهَا أَلْفٌ فَفِي القِيَاسِ عَلَيْهَا خَمْسُمِائَةٍ زَائِدَةٌ، وَفِي الِاسْتِحْسَانِ لَا شَيْءَ عَلَيْهَا لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ عَادَةً حَاصِلُ مَا يَلْزَمُ لَهَا.

قوله: فَفِي القِيَاسِ عَلَيْهَا خَمْسُمِائَةٍ زَائِدَةٍ، بجر زائدةٍ؛ لأن الصفة تتبع المضاف إليه في الإعراب كما في قوله تعالى: ﴿سَبْعَ بَقَرَٰتٍ سِمَانٍ﴾ [يوسف: ٤٣]، هكذا أفاد شيخي رحمه الله مِرارًا، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

بَابُ الظِّهَارِ

باب الظهار

لمَّا شرع في بيان التحريمات الأربع التي ذكرناها في أول الإيلاء، وذكر منها الطلاق والإيلاء فبقي الظهار واللعان، بدأ بذكر بيان الظهار، وقدمه على اللعان؛ لما أنه أقرب إلى الإباحة من سبب اللعان، فإن سبب اللعان عند إضافته إلى غير منكوحته موجب لحد القذف، فموجب الحد معصية محضة بغير شائبة الإباحة.

اعلم أن الظهار لغةً: قول الرجل لامرأته: أنتِ عليَّ كظهر أمي.

وشرعًا: هو عبارة عن تشبيه المنكوحة بالمحرمة على سبيل التأبيد اتفاقًا، بنسبٍ أو رضاعٍ أو صهريةٍ.

وإنما قيَّدنا بقولنا اتفاقًا احترازًا عن قول الرجل لامرأته: أنت عليَّ كظهر فلانة، وهي أمُّ المزنِيّ بها، أو ابنة المزنِيّ بها، فإنه لا يكون مظاهرًا؛ لأن من الفقهاء من يقول: إن الحرام لا يحرم الحلال، كذا في «شرح الطحاوي».

وركن الظهار هو قوله لامرأته: أنت عليَّ كظهر أمي، أو ما يقوم مقامه في إفادة معناه.

وشرطه من جانب المشبِّه أن يكون عاقلًا بالغًا مسلمًا، ومن جانب المشبه بها أن تكون منكوحةً.

وحكمه حرمة الوطء والدواعي، مع بقاء أصل الملك إلى غاية الكفارة، والظهار كان طلاقًا في الجاهلية، وكان أحدهم إذا أراد أن يطلق زوجته جعلها في التحريم على نفسه

(وَإِذَا قَالَ الرَّجُلُ لِامْرَأَتِهِ أَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي فَقَدْ حُرِّمَتْ عَلَيْهِ لا يَحِلُّ لَهُ وَطْؤُهَا

كالمواضع التي لا يطلع عليها من أمه كالظهر، والفخذ، والبطن، والفرج، ثم نظروا فلم يجدوا موضعًا أحسن في الذكر ولا أستر من الظهر، مع إصابة المعنى الذي أرادوه فاستعملوه دون غيره، ثم نزل القرآن بما كانوا يعرفونه.

وذكر في «المبسوط»: اعلم أن الظهار كان طلاقاً في الجاهلية فقرر الشرع أصله، ونقل حكمه إلى تحريم مؤقت بالكفارة من غير أن يكون مزيلًا للملك، بيانه في قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ [المجادلة: ٣] الآية.

وسبب نزول الآية قصة خولة بنت ثعلبة فإنها قالت: «كنتُ تحت أوس بن الصامت، وقد ساء خلقه لكبر سنِّه فراجعته في بعض ما أمرني به، فقال: أنتِ عليَّ كظهر أمي، ثم خرج فجلس في نادي قومه ثم رجع إليَّ فراودني عن نفسي، فقلتُ: والذي نفس خولة بيده لا تصل إليَّ وقد قلتَ ما قلتَ حتى يقضي الله ورسوله في ذلك، فوقع عليَّ فدفعتُه بما تدفع به المرأة الشيخ الكبير، وخرجتُ إلى بعض جيرتي فأخذتُ ثياباً ولبستُها وأتيتُ رسول الله صلى الله عليه وسلَّم فأخبرتُه بذلك، فجعل يقول لي: زوجك وابن عمك وقد كبر فأحسني إليه، فجعلتُ أشكو إلى الله ما أرى من سوء خلقه، فتغشَّى رسول الله صلى الله عليه وسلَّم ما كان يتغشاه عند نزول الوحي، فلمَّا سُرّي عنه قال: أنزل الله فيك وفي زوجك بياناً وتلا قوله تعالى: ﴿قَدْ سَمِعَ ٱللَّهُ قَوْلَ ٱلَّتِي تُجَٰدِلُكَ فِي زَوْجِهَا﴾ [المجادلة: ١] إلى آخر آيات الظهار، ثمَّ قال لها: مريه فليعتق رقبة، فقلتُ: لا يجد ذلك يا رسول الله، فقال: مريه أن يصوم شهرين متتابعين، فقلتُ: هو شيخ كبير لا يطيق الصوم، فقال: مريه فليطعم ستين مسكينًا، فقالت: ما عنده شيء يا رسول الله، فقال: إنا سنعينه بعرقٍ، فقلتُ: وأنا أعينه بعرق أيضاً فقال: افعلي واستوصي به خيرًا».

قوله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ﴾ [المجادلة: ٣]، يحتمل أن يراد: يعودون لنقضه أو لتداركه على حذف المضاف.

وعن ثعلب: يعودون لتحليل ما حرموا على حذف المضاف أيضاً، إلا أنه نزل القول

وَلَا مَسُّهَا وَلَا تَقْبِيلُهَا حَتَّى يُكَفِّرَ عَنْ ظِهَارِهِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ

منزلة المقول فيه وهو المظاهر منها، كما في قوله تعالى: ﴿وَنَرِثُهُۥ مَا يَقُولُ﴾ [مريم: ٨٠]، كذا في «المعرب» المهملة العين.

وقال عُلمائنا رحمهم الله: المراد من العود هو العزم على الجماع، الذي هو إمساك بالمعروف.

وقال الشافعي رحمه الله: المراد هو السكوت عن طلاقها عقيب الظهار.

وقال داود: المراد تكرار الظهار حتى أن على مذهبه لا يلزمه الكفارة بالظهار مرة حتى يعيده مرة أخرى، وهذا ضعيف؛ لأنه لو كان المراد هذا لكان يقول: ثم يعيدون ما قالوا، ولكن معنى قوله: يعودون له؛ أي ينقضون ما قالوا، كقول عاد لما صنع أي نقضه، ويقال: عاد في هبته إذا رجع، وحروف الصِّلات يقام بعضها مقام بعض.

والشافعي يقول: لما سكت عن طلاقها عقيب الظهار، فقد صار ممسكًا لها فيتقرر عليه الكفارة.

ولكنا نقول: المرادُ بقوله: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ﴾ ، أن يأتي بضد موجب كلامه، وموجبُ كلامه التحريم لا إزالة الملك، فاستدامة الملك لا يكون ضده، بل ضده العزم على الجماع الذي هو استحلال، وبمجرد العزم عندنا لا يتقرر عليه الكفارة أيضـًا، حتى لو أبانها بعد هذا أو فاتت لا يلزمه الكفارة، ولو عاد ثم بدا له أن لا يطأها سقطت الكفارة، فكأنها تجب عندنا بالعود غير مستقرة ولهذا يسقط بموته وموتها؛ لأن الكفارة تجب بالعزم والعزم يرد عليه النقض والفسخ، ثم الكفارة تجبُ بالظهار والعود فإن الله تعالى عطف العود على الظهار في بيان سبب الكفارة، والمعطوف يأخذ حكم المعطوف عليه.

وإنما اعتبر العود مع الظهار - والله أعلم -؛ لأن الظهار منكر من القول وزورٌ وهو كبيرة محضة، والكبيرة المحضة لا تصلح سببـًا لإيجاب الكفارة، فلمَّا أعاد الظهار في حال بيان السببية وعلق الكفارة به قرن العود بالظهار ليخف معنى الحرمة باعتبار العود؛ إذ العودُ هو نقض ما قال، فكان الظهارُ مع العود سببـًا للكفارة، وإنما جاز أداءُ الكفارة بعد الظهار

مِن نِّسَائِهِمْ﴾ إلى أَنْ قَالَ ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾ [المجادلة: ٣]

قبل العود حقيقةً، ولا يجوز تعجيل الحكم قبل تمام السبب؛ لأن الكفارة إنَّما شرعت إنهاءً للحرمة الثابتة بالظهار، فلا يمكنه أن يوقع الفعل حلالًا إلا بعد انتهاء الحرمة بالكفارة، فجوز التعجيل على الفعل ليكون الفعل واقعًا بصفة الحل بعد انتهاء الحرمة، ونظيرُ هذا الوضوء، فإن سبب وجوبه القيام إلى الصلاة، قال الله تعالى: ﴿إِذَا قُمْتُمْ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ فَٱغْسِلُوا۟﴾ [المائدة: ٦]، معناه: إذا قمتم وأنتم محدثون، لكن القيام إلى الصلاة لمَّا لم يصح مع الحدث جوز التقديم عليه، ليكون القيامُ إلى الصلاة في حال الطهارة.

ويجبُ على المرأة أن تمنع الزوجَ عن الاستمتاع بها حتى يُكفِّر، وللمرأة أن تطالب الزوج بالوطء عند الحاكم، وللحاكم أن يجبره حتى يكفر ويطأ؛ لأنه أضر بها بالامتناع عن الوطء مع قيام الملك وفي وسعه إزالته بالتكفير، ثمَّ هذه الحرمة لا تزول بسبب من أسباب الإباحة ما لم توجد الكفارة، لا بالنكاح، ولا بملك اليمين، ولا بإصابة الزوج الثانِي، حتى أن المظاهر إذا طلقها طلاقـًا بائنًا وانقضت عدتها، ثم تزوجها لا يحل له وطؤها حتى يكفر.

وكذلك لو كانت الزوجة أمة الغير فظاهرَ منها ثم اشتراها حتى بطل النكاح، لم يحل له أن يطأها بملك اليمين حتى يكفر.

وكذلك لو كانت حرَّة فارتدت عن الإسلام ولحقت بدار الحرب فسبيت واشتراها.

وكذلك لو طلقها ثلاثـًا فتزوجت بزوج آخر ثم عادت إليه بالنكاح لا يحل له وطؤها حتى يكفر وإن صح النكاح، ولو كفَّر بعدما أبانها أو طلقها ثلاثـًا صح التكفير، حتى لو تزوجها حل له وطؤها؛ لأن صحة التكفير لا تعتمد قيام الملك.

ولو كان الظهار مؤقتًا إلى وقت بأن قال: أنت عليَّ كظهر أمي يومًا أو شهرًا أو سنة، ثم مضى الوقت يسقط الظهار عندنا، خلافـًا للشافعي رحمه الله؛ لأن الشرع جعل التكفير مزيلًا للظهار المؤبد والمطلق حتى تنتهي الحرمة، والمؤقت ينتهي بمضي الوقت.

ويصح تعليق الظهار بالشرط؛ لأن الظهار سبب الحرمة فكان نظير الطلاق، فيصح تعليقه بالشرط كما يصح تعليق الطلاق بالشرط.

وَالظِّهَارُ كَانَ طَلَاقًا فِي الجَاهِلِيَّةِ، فَقَرَّرَ الشَّرْعُ أَصْلَهُ وَنَقَلَ حُكْمَهُ إِلَى تَحْرِيمٍ مُوَقَّتٍ بِالكَفَّارَةِ غَيْرِ مُزِيلٍ لِلنِّكَاحِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ جِنَايَةٌ لِكَوْنِهِ مُنْكَرًا مِنَ القَوْلِ وَزُورًا فَيُنَاسِبُ المُجَازَاةَ عَلَيْهَا بِالحُرْمَةِ، وَارْتِفَاعُهَا بِالكَفَّارَةِ، ثُمَّ الوَطْءُ إِذَا حَرُمَ حَرُمَ بِدَوَاعِيهِ كَيْ لَا يَقَعَ فِيهِ كَمَا فِي الإِحْرَامِ، بِخِلَافِ الحَائِضِ وَالصَّائِمِ؛

ولو علق الظهار بشرط ثم أبانها، ثم وجد الشرط لم يثبت الظهار؛ لأن المعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمرسل، ولو أرسل الظهار بعد البينونة لا يصح؛ لأن حكم الظهار حرمة مؤقتة، وسببه تشبيه المحللة بالمحرمة، وكل ذلك لا يتصور بعد ثبوت البينونة.

وهذا بخلاف ما لو علق البينونة بالشرط، ثم أبانها ثم وجد الشرط حيث يقع الطلاق؛ لأن البينونة إذا صحَّ تعليقها بالشرط صار تقديره كأنه علق الطلاق البائن بالشرط فينزل عند الشرط طلاقٌ بائنٌ، وإيقاع الطلاق على المبانة صحيح.

وإذا ظاهرَ امرأته مرارًا في مجالس مختلفة أو مجلسٍ واحدٍ فعليه لكل ظهار كفارة، هكذا رُوي عن علي رضي الله عنه؛ ولأن الظهار سبب الحرمة، واجتماع أسباب الحرمة في محل واحد جائز، ألا ترى أن صيد الحرم يحرمُ على المحرم لإحرامه، ولكون الصيد في الحرم، وألا ترى أن الخمر على الصائم حرامٌ لعينه ولصومه وليمينه إن حلف أن لا يشربها، فلهذا وجب لكل ظهار كفارة، إلا أن يكون عنى بالثانية أو الثالثة الأولى، فحينئذ لا يلزمه أكثر من كفارة واحدة؛ لأن صيغة الإخبار والإنشاء فيه واحد، فهذه الأحكام والعلل كلها منقولة من «المبسوط»، و«الإيضاح»، و«التحفة»، و«المحيط».

قوله: ثُمَّ الوَطْءُ إِذَا حَرُمَ حَرُمَ بِدَوَاعِيهِ، إلى آخره، وقال الشافعي رحمه الله: لا تحرم الدواعي؛ لأن التحريم عرف بقوله تعالى: ﴿مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾ [المجادلة: ٣]، والتماس في القرآن كناية عن الجماع، إلا أنا نقول: والتماس حقيقة للمسِّ باليد فهو على الحقيقة حتى يقوم الدليل على المجاز، كذا في «الأسرار».

فتذكَّرْ هاهُنا في حق حرمة الدواعي ما ذكرناه في باب الاعتكاف، فإنه أوثق دليلًا وأدوم تمشيةً.

لِأَنَّهُ يَكْثُرُ وُجُودُهُمَا، فَلَوْ حَرُمَ الدَّوَاعِي يُفْضِي إِلَى الحَرَجِ وَلا كَذَلِكَ الظِّهَارُ وَالإِحْرَامُ. (فَإِنْ وَطِئَهَا قَبْلَ أَنْ يُكَفِّرَ اسْتَغْفَرَ اللهَ تَعَالَى وَلا شَيْءَ عَلَيْهِ غَيْرَ الكَفَّارَةِ الأُولَى وَلا يَعُودُ حَتَّى يُكَفِّرَ) «لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - لِلَّذِي وَاقَعَ فِي ظِهَارِهِ قَبْلَ الكَفَّارَةِ: اسْتَغْفِرِ اللهَ وَلا تَعُدْ حَتَّى تُكَفِّرَ» وَلَوْ كَانَ شَيْءٌ آخَرُ وَاجِبًا لَنَبَّهَ عَلَيْهِ، قَالَ: وَهَذَا اللَّفْظُ لا يَكُونُ إِلَّا ظِهَارًا لِأَنَّهُ صَرِيحٌ فِيهِ (وَلَوْ نَوَى بِهِ الطَّلَاقَ لا يَصِحُّ) لِأَنَّهُ مَنْسُوخٌ فَلَا يَتَمَكَّنُ مِنَ الإِتْيَانِ بِهِ (وَإِذَا قَالَ أَنْتِ عَلَيَّ كَبَطْنِ أُمِّي أَوْ كَفَخِذِهَا أَوْ كَفَرْجِهَا فَهُوَ مُظَاهِرٌ) لِأَنَّ الظِّهَارَ لَيْسَ إِلَّا تَشْبِيهُ المُحَلَّلَةِ بِالمُحَرَّمَةِ،

قوله: لِأَنَّهُ يَكْثُرُ وُجُودُهُمَا، فإن قيل: لمَّا كثر وجودهما كانا هما ادعى إلى شرع الزاجر من الظهار فلِمَ نعكس الأمر؟

قلنا: كما أن أوقات الحيض والصوم أكثر دورًا كذلك أوقات الطهر والإفطار أيضًا أكثر دورًا، فلما كثرت أوقات الطهر كان الجماع موجودًا فيها ظاهرًا، فيوجبُ ذلك فتور رغبته في الجماع، فلا يليق فيه إيجاب الزاجر؛ لأن إيجاب الزاجر لمنع وجود الجماع وبفتور الرغبة كان ممتنعًا عنه، فلا يحتاج إلى إيجاب الزاجر.

قوله: وَهَذَا اللَّفْظُ - إشارةٌ إلى قوله: أَنْتِ عَلَيَّ كَظَهَرِ أُمِّي - لا يَكُونُ إِلَّا ظِهَارًا؛ لِأَنَّهُ صَرِيحٌ فِيهِ.

قوله: وَلَوْ نَوَى بِهِ الطَّلَاقَ، أو الإيلاء أو قال: لم أنو شيئًا، يكون ظهارًا.

قوله: فَلا يَتَمَكَّنُ مِنَ الإِتْيَانِ بِهِ؛ لأن في ذلك تغيير موضوع الشرع وليس إلى العبد ذلك، بل له الامتثال بالمشروع.

قوله: لَيْسَ إِلَّا تَشْبِيهُ المُحَلَّلَةِ بِالمُحَرَّمَةِ، وحرف التعريف فيهما للعهد، أي المحللة نكاحًا دون ملك اليمين، والمحرمة تأبيدًا لا توقيتًا.

وَهَذَا المَعْنَى يَتَحَقَّقُ فِي عُضْوٍ لا يَجُوزُ النَّظَرُ إِلَيْهِ (وَكَذَا إِذَا شَبَّهَهَا بِمَنْ لَا يَحِلُّ لَهُ النَّظَرُ إِلَيْهَا عَلَى التَّأْبِيدِ مِنْ مَحَارِمِهِ مِثْلَ أُخْتِهِ أَوْ عَمَّتِهِ أَوْ أُمِّهِ مِنَ الرَّضَاعَةِ) لِأَنَّهُنَّ فِي التَّحْرِيمِ المُؤَبَّدِ كَالأُمِّ.

(وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ رَأْسُكِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي أَوْ فَرْجُكِ أَوْ وَجْهُكِ أَوْ رَقَبَتُكِ أَوْ نِصْفُكِ أَوْ ثُلُثُكِ أَوْ بَدَنُكِ) لِأَنَّهُ يُعَبَّرُ بِهَا عَنْ جَمِيعِ البَدَنِ، وَيَثْبُتُ الحُكْمُ فِي الشَّائِعِ ثُمَّ يَتَعَدَّى كَمَا بَيَّنَّاهُ فِي الطَّلَاقِ (وَلَوْ قَالَ أَنْتِ عَلَيَّ مِثْلُ أُمِّي أَوْ كَأُمِّي يَرْجِعُ إِلَى نِيَّتِهِ) لِيَنْكَشِفَ حُكْمُهُ (فَإِنْ قَالَ أَرَدْتُ الكَرَامَةَ فَهُوَ كَمَا قَالَ) لِأَنَّ التَّكْرِيمَ بِالتَّشْبِيهِ فَاشٍ فِي الكَلَامِ (وَإِنْ قَالَ أَرَدْتُ الظِّهَارَ فَهُوَ ظِهَارٌ) لِأَنَّهُ تَشْبِيهٌ بِجَمِيعِهَا، وَفِيهِ تَشْبِيهٌ

قوله: وَهَذَا المَعْنَى يَتَحَقَّقُ فِي عُضْوٍ لا يَجُوزُ النَّظَرُ إِلَيْهِ، هذا احتراز عن التشبيه باليد والرجل والشعر والظفر؛ لأنه محل النظر والمس، فلا يكون مظاهرًا بالتشبيه بها، كذا في «المبسوط».

قوله: وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ رَأْسُكِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي؛ أي: يكون مظاهرًا، يعني كما أن في المشبَّهة بها يشترط أن يكون في لفظه كل بدن المشبهة بها، أو ما يعبّر به كل بدن المشبهة بها، فكذلك يشترط أن يكون في لفظه كل بدن المشبهة أو ما يعبّر به كل بدن المشبهة لتحقيق الظهار، فلذلك صار مظاهرًا في **قوله:** رَأْسُكِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي؛ كما لو قال: أنت عليَّ كظهر أمي، ولم يصر مظاهرًا في قوله: يدك أو رجلك عليَّ كظهر أمي، كما لم يكن مظاهرًا في قوله: أنت عليَّ كيد أمّي أو كرجل أمّي؛ لأن التشبيه بالكل أو بما يعبر به عن الكل مشروط في الطرفين في كونه مظاهرًا.

وذكر في «المبسوط»: ولو قال: جنبك أو ظهرك عليَّ كظهر أمي لم يكن مظاهرًا بمنزلة قوله: يدك أو رجلك؛ لأن هذا العضو لا يعبر به عن جميع البدن عادةً.

بِالعُضْوِ لَكِنَّهُ لَيْسَ بِصَرِيحٍ فَيَفْتَقِرُ إِلَى النِّيَّةِ (وَإِنْ قَالَ أَرَدْتُ الطَّلَاقَ فَهُوَ طَلَاقٌ بَائِنٌ) لِأَنَّهُ تَشْبِيهٌ بِالأُمِّ فِي الحُرْمَةِ فَكَأَنَّهُ قَالَ أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ وَنَوَى الطَّلَاقَ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ فَلَيْسَ بِشَيْءٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ لِاحْتِمَالِ الحَمْلِ عَلَى الكَرَامَةِ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ يَكُونُ ظِهَارًا لِأَنَّ التَّشْبِيهَ بِعُضْوٍ مِنْهَا لَمَّا كَانَ ظِهَارًا فَالتَّشْبِيهُ بِجَمِيعِهَا

قوله: وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ فَلَيْسَ بِشَيْءٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ، وذكر في «المبسوط»: وإن لم يكن له نية فليس ذلك بشيء عند أبي حنيفة رحمه الله، وفي قول محمد رحمه الله هو ظهارٌ ولم يذكر قول أبي يوسف، وعنه روايتان: إحداهما كقول محمد؛ لأنه قال في «الأمالي»: إذا كان هذا في حالة الغضب وقال: نويتُ به البر لم يصدق في القضاء وهو ظهار.

وعنه أنه قال: إيلاء؛ لما أن الأم محرمة عليه بالنصِّ، قال الله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]، فكان قوله: أنت عليَّ كظهر أمي، بمنزلة قوله: أنت عليَّ حرام، وقد بيَّنا في هذا اللفظ إذا لم ينو شيئًا يثبت أقل الوجوه وهو الإيلاء، وبنحو هذا يحتج محمد رحمه الله.

ولكنه نقول: هو ظهار لوجود كاف الخطاب في كلامه، فإن الظهار مختص بهذا الحرف، ومتى كان مراده أكبر بقوله: أنت عندي كأمِّي، ولا يقول: عليَّ، إلا أنه إذا نوى البر أقمنا حرف (على) مقام (عند) لتصحيح نيته، فإذا لم ينو بقي محمولًا على حقيقته فكان ظهارًا.

وأبو حنيفة رحمه الله يقول: كلام العاقل مهما أمكن حمله على وجه صحيح يحل شرعًا، لا يحمل على ما يحرم شرعًا، والظهار منكر من القول وزورٌ، فلا يحمل كلامه عليه إذا أمكن حمله على معنى البر والكرامة.

يوضحه: أنَّها كانت محللة له، وهذا الكلام يحتمل معنى البر ويحتمل معنى الظهار، ولكن الحرمة لا تثبت بالشك كما لا يثبت الطلاق بالشك، وألحق في رواية «الجامع الصغير» قوله: مثل أمي، بقوله: كأمي.

أَوْلَى، وَإِنْ عَنَى بِهِ التَّحْرِيمَ لا غَيْرُ؛ فَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ هُوَ إِيلاءٌ لِيَكُونَ الثَّابِتُ بِهِ أَدْنَى الحُرْمَتَيْنِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ ظِهَارٌ لِأَنَّ كَافَ التَّشْبِيهِ تَخْتَصُّ بِهِ.

(وَلَوْ قَالَ أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ كَأُمِّي وَنَوَى ظِهَارًا أَوْ طَلَاقًا فَهُوَ عَلَى مَا نَوَى) لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ الوَجْهَيْنِ، الظِّهَارَ لِمَكَانِ التَّشْبِيهِ وَالطَّلَاقَ لِمَكَانِ التَّحْرِيمِ وَالتَّشْبِيهُ تَأْكِيدٌ لَهُ وَإِنْ

قوله: فَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ هُوَ إِيلَاءٌ لِيَكُونَ الثَّابِتُ بِهِ أَدْنَى الحُرْمَتَيْنِ؛ لأن حرمة الإيلاء أدنى من حرمة الظهار لستة أوجه من حيث السبب، ومن حيث الحكم، ومن حيث معانٍ أخر.

أمَّا السبب فإن الظهار منكر من القول وزورٌ، وسبب حرمة الإيلاء اليمين واليمين مباح، وأمَّا الحكم فهو الوجه الثاني، فإن كفارة الظهار أغلظ وهو إطعام ستين مسكينًا، وكفارة الإيلاء إطعام عشرة مساكين، والثالث وهو أن الحرمة بالإيلاء لا تثبت في الحال، وأمَّا حرمة الظهار فيثبت في الحال، والرابع هو أن دفع الحرمة الثابتة بالإيلاء ممكن بالوطء والوطء هو المقصود، وفي الظهار لا يحل وطؤها ما لم يكفر، والخامس هو أنه إذا ظاهر امرأته ثم طلقها ثلاثًا ثم تزوجها زوج آخر ثم عادت إلى الأول يعود بالظهار حتى لا يحل وطؤها ما لم يكفر، أمَّا في الإيلاء إذا طلقها ثلاثـًا والمسألة بحالها لا يعود الإيلاء في حق الطلاق، والسادس أن المظاهر إذا امتنعَ عن التكفير يجبره القاضي على التكفير بالحبس والضرب، ولا كذلك الإيلاء على ما ذكرنا، فعُلم بهذه الوجوه أن الإيلاء أخف، فيثبت هو في حقه عند انعدام تعيين إحدى الحرمتين.

ولكن ذكر الإمام قاضي خان في «الجامع الصغير» وقال: وإن نوى به التحريم ذكر في بعض النُّسخ أنه إيلاء عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، والأصح أنه ظهار عند الكل؛ لأن التحريم المؤكد بالتشبه ظهار، وكذلك ذكر الإمام التمرتاشي أنه ظهار من غير ذكر خلاف أحد.

قوله: لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ الوَجْهَيْنِ، أي لا غير، وهما الطلاق والظهار لتصريحه بالحرمة

لَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ، فَعَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ إِيلاءٌ، وَعَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ ظِهَارٌ، وَالوَجْهَانِ بَيَّنَّاهُمَا (وَإِنْ قَالَ أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ كَظَهْرِ أُمِّي وَنَوَى بِهِ طَلَاقًا أَوْ إِيلاءً لَمْ يَكُنْ إِلَّا ظِهَارًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: هُوَ عَلَى مَا نَوَى) لِأَنَّ التَّحْرِيمَ يَحْتَمِلُ كُلَّ ذَلِكَ عَلَى مَا بَيَّنَّا، غَيْرَ أَنَّ عِنْدَ مُحَمَّدٍ إِذَا نَوَى الطَّلَاقَ لا يَكُونُ ظِهَارًا، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يَكُونَانِ جَمِيعًا وَقَدْ عُرِفَ مَوْضِعُهُ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى -

بخلاف المسألة الأولى، فإنها كانت تحتمل البر والكرامة.

قوله: وَالوَجْهَانِ بَيَّنَّاهُمَا، وهو قوله: لِيَكُونَ الثَّابِتُ بِهِ أَدْنَى الحُرْمَتَيْنِ، وقوله: لِأَنَّ كَافَ التَّشْبِيهِ تَخْتَصُّ بِهِ.

قوله: وَنَوَى بِهِ طَلَاقًا أَوْ إِيلاءً، أو لم يكن له نية كان ظهارًا، كذا في «المبسوط».

قوله: غَيْرَ أَنَّ عِنْدَ مُحَمَّدٍ إِذَا نَوَى الطَّلَاقَ لا يَكُونُ ظِهَارًا، بل يكون طلاقًا.

قوله: وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يَكُونَانِ جَمِيعًا، أي يقع الطلاق بنيته ويكون مظاهرًا بالتصريح بالظهار، ولا يصدق في القضاء في صرف الكلام عن ظهاره، بمنزلة قوله: زينب طالق، وله امرأة معروفة بهذا الاسم، فقال: لي امرأة أخرى وإيَّاها عنيت، يقع الطلاق على تلك بنيته، وعلى هذه المعروفة بالظاهر، ولكن هذا ضعيف، فإن الطلاق إن وقع بقوله: أنت عليَّ حرام، كان متكلمًا بلفظ الظهار بعدما بانت، والظهار بعد البينونة لا يصح.

وإن قال: الظهار مع الطلاق يثبت بقوله: أنت عليَّ حرام، قلنا: اللفظ الواحد لا يحتمل معنيين مختلفين، كذا في «المبسوط».

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة» جواب أبي يوسف عن هذا فقال: جاز أن يصح ظهار المبانة على قوله، وكان هذا رواية عنه على صحة ظهار المبانة؛ ولأن هذا الكلام صريح في الظهار، ولهذا لو لم يكن له نية يكون ظهارًا، فلا يُصدق في إبطال حكم الظهار، ويصدق في إرادة الطلاق لاعترافه به.

أَنَّهُ صَرِيحٌ فِي الظِّهَارِ فَلَا يُحْتَمَلُ غَيْرُهُ، ثُمَّ هُوَ مُحْكَمٌ فَيُرَدُّ التَّحْرِيمُ إِلَيْهِ.

قَالَ: (وَلَا يَكُونُ الظِّهَارُ إِلَّا مِنَ الزَّوْجَةِ، حَتَّى لَوْ ظَاهَرَ مِنْ أَمَتِهِ لَمْ يَكُنْ مُظَاهِرًا) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ [المجادلة: ٣] وَلِأَنَّ الحِلَّ فِي الأَمَةِ تَابِعٌ فَلَا تُلْحَقُ بِالمَنْكُوحَةِ، وَلِأَنَّ الظِّهَارَ مَنْقُولٌ عَنِ الطَّلَاقِ وَلَا طَلَاقَ فِي المَمْلُوكَةِ.

(فَإِنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً بِغَيْرِ أَمْرِهَا ثُمَّ ظَاهَرَ مِنْهَا ثُمَّ أَجَازَتِ النِّكَاحَ فَالظِّهَارُ بَاطِلٌ)؛

قوله: أَنَّهُ صَرِيحٌ فِي الظِّهَارِ فَلَا يُحْتَمَلُ غَيْرُهُ؛ لأن معنى قوله: أنت عليَّ كظهر أمي، أي: أنت عليَّ حرامٌ كظهر أمي، فيكون الحرام تفسيرًا للظهار، والشيء لا يتغير بتفسيره، كذا في «مبسوط فخر الإسلام» رحمه الله.

قوله: وَلَا يَكُونُ الظِّهَارُ إِلَّا مِنَ الزَّوْجَةِ، حَتَّى لَوْ ظَاهَرَ مِنْ أَمَتِهِ لَمْ يَكُنْ مُظَاهِرًا، فإن قلتَ: الأمة محل للظهار بقاءً فيجبُ أن يكون ابتداءً كما لو ظاهر من امرأته وهي أمة، ثم اشتراها يبقى حكم الظهار وهي أمة.

قلتُ: كم من شيء يثبت بقاءً ولا يثبت ابتداءً، كبقاء النكاح في المعتدة وإن لم يثبت ابتداءً، ثمَّ إنما تثبت حرمة الظهار في الأمة بقاءً؛ لأن حرمة الظهار تثبت حين كانت محلًّا لها، فتبقى إلى أن توجد الكفارة فهي بمنزلة الحرمة الثابتة بالطلاق.

ولو طلَّقها ثنتين لم تحل له بسبب بعد ذلك ما لم تتزوج بزوج آخر، فكذلك إذا ثبتت الحرمة بالظهار؛ إذ هذه حرمة مع بقاء الملك، فكانت كالحرمة بسبب الحيض، والحائض لا تحل له بملك اليمين كما لا تحل له بملك النكاح، وكذا إذا أعتقها ثم تزوجها.

قوله: وَلِأَنَّ الحِلَّ فِي الأَمَةِ تَابِعٌ، والتابع في حكم العدم فلم يكن هو في التشبيه كاذبًا، فلم يوجد ركن الظهار فلا يكون مظاهرًا لعدم ركنه، وإنما قلنا أن الحل فيها تابع بدليل أنه لو اشترى أمة فوجدها محرمة عليه برضاع أو صهرية لا يثبت للمشتري ولاية الرد بسبب الحرمة، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

لِأَنَّهُ صَادِقٌ فِي التَّشْبِيهِ وَقْتَ التَّصَرُّفِ فَلَمْ يَكُنْ مُنْكَرًا مِّنَ القَوْلِ، وَالظِّهَارُ لَيْسَ بِحَقٍّ مِنْ حُقُوقِهِ حَتَّى يَتَوَقَّفَ، بِخِلَافِ إِعْتَاقِ المُشْتَرِي مِنَ الغَاصِبِ لِأَنَّهُ مِنْ حُقُوقِ المِلْكِ. (وَمَنْ قَالَ لِنِسَائِهِ أَنْتُنَّ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي كَانَ مُظَاهِرًا مِنْهُنَّ جَمِيعًا) لِأَنَّهُ أَضَافَ الظِّهَارَ إِلَيْهِنَّ فَصَارَ كَمَا إِذَا أَضَافَ الطَّلَاقَ (وَعَلَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ كَفَّارَةٌ) لِأَنَّ الحُرْمَةَ تَثْبُتُ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدَةٍ وَالكَفَّارَةُ لِإِنْهَاءِ الحُرْمَةِ فَتَتَعَدَّدُ بِتَعَدُّدِهَا، بِخِلَافِ الإِيلَاءِ مِنْهُنَّ لِأَنَّ الكَفَّارَةَ فِيهِ لِصِيَانَةِ حُرْمَةِ الاِسْمِ وَلَمْ يَتَعَدَّدْ ذِكْرُ الاِسْمِ.

قوله: لِأَنَّهُ صَادِقٌ فِي التَّشْبِيهِ وَقْتَ التَّصَرُّفِ؛ لأنها محرمة قبل إجازتها فلم يوجد ركن الظهار، وهو تشبيه المحللة بالمحرمة.

قوله: وَالظِّهَارُ لَيْسَ بِحَقٍّ، هذا جواب سؤال مقدر بأن يقال: إن الظهار مبني على الملك والملك موقوف، فينبغي أن يكون الظهار موقوفًا.

قلنا: إن الظهار ليس من حقوق النكاح؛ لأن النكاح أمر مشروعٌ، والظهارُ منكر من القول وزور، والمحظور لا يتوقف بتوقف المشروع، وأمَّا إعتاق المشتري من الغاصب فإنه يتوقف إلى إجازة المالك، فإن إجاز ينفذ.

قوله: لِأَنَّهُ - أي: الإعتاق - مِنْ حُقُوقِ المِلْكِ؛ لأن الإعتاق مُنْهٍ للملك، فجاز أن يكون الإعتاق حكم الملك؛ لأن الملك والإعتاق كليهما مشروعان.

قوله: بِخِلَافِ الإِيلَاءِ مِنْهُنَّ، بأن قال: والله لا أقربكن، فإنه إذا لم يقربهن حتى مضت أربعة أشهر طلقن جميعًا، وأمَّا إذا قرب الكل قبل مضي المدة يجب عليه كفارةٌ واحدةٌ؛ لأن ذكر الاسم، أي: اسم الله لم يتعدد؛ لأنه قال: والله لا أقربكن مرَّة واحدةً، والله تعالى أعلم.(١)

---

(١) هاهُنا انتهى المجلد الثالث من نسخة المكتبة السليمانية، وفي آخره: (بلغ مقابلته يوم الأحد ... بقدر الوسع والإمكان بفضل الله الرحيم الرحمن). انتهى

فَصْلٌ فِي الكَفَّارَةِ

قَالَ: (وَكَفَّارَةُ الظِّهَارِ عِتْقُ رَقَبَةٍ) فَإِنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ، (فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا) لِلنَّصِّ الوَارِدِ فِيهِ فَإِنَّهُ يُفِيدُ الكَفَّارَةَ عَلَى هَذَا التَّرْتِيبِ.

قَالَ: (وَكُلُّ ذَلِكَ قَبْلَ المَسِيسِ) وَهَذَا فِي الإِعْتَاقِ، وَالصَّوْمُ ظَاهِرٌ لِلتَّنْصِيصِ عَلَيْهِ، وَكَذَا فِي الإِطْعَامِ لِأَنَّ الكَفَّارَةَ فِيهِ مَنْهِيَّةٌ لِلْحُرْمَةِ فَلَا بُدَّ مِنْ تَقْدِيمِهَا عَلَى الوَطْءِ لِيَكُونَ الوَطْءُ حَلَالًا.

فصل في الكفارة

لمَّا ذكر حكم الظهار، وهو حرمة الوطء ودواعيه إلى نهايته، ذكر في هذا الفصل ما ينهي تلك الحرمة وهو الكفارة.

قوله: وَكَفَّارَةُ الظِّهَارِ عِتْقُ رَقَبَةٍ، أي: إعتاق رقبة فإن العتق لا ينوب عن الكفارة، ألا ترى أنه لو ورث إيَّاه ونوى الكفارة لا يخرج عن عهدتها.

قوله: وَكَذَا فِي الإِطْعَامِ، اعلم أن عطف الإطعام على الإعتاق والصيام إنما يصح في حق لزوم التقديم على المسيس، لا في الاستيناف، فإن الإطعام في لزوم التقديم على المسيس نظير الإعتاق والصوم، لا في حق الاستيناف على ما يجيء.

قوله: وَتَجْزِي فِي العِتْقِ الرَّقَبَةُ الكَافِرَةُ، وعند بعض المشايخ لا يجوز إعتاق المرتد عن الكفارة؛ لأنه بالردة صار حربيًّا، ولهذا حل قتله فصرف الكفارة إلى الحربي لا يجوز، وأمَّا المرتدة فيجوز بلا خلاف، ويجزي الرضيع ولا يجزي الجنين والمريض الذي في حد

قَالَ: (وَتَجْزِي فِي العِتْقِ الرَّقَبَةُ الكَافِرَةُ وَالمُسْلِمَةُ وَالذَّكَرُ وَالأُنْثَى وَالصَّغِيرُ وَالكَبِيرُ) لِأَنَّ اسْمَ الرَّقَبَةِ يَنْطَلِقُ عَلَى هَؤُلَاءِ إِذْ هِيَ عِبَارَةٌ عَنِ الذَّاتِ المَرْقُوقِ المَمْلُوكِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، وَالشَّافِعِيُّ يُخَالِفُنَا فِي الكَافِرَةِ وَيَقُولُ: الكَفَّارَةُ حَقُّ اللهِ تَعَالَى فَلَا يَجُوزُ صَرْفُهُ إِلَى عَدُوِّ اللهِ كَالزَّكَاةِ، وَنَحْنُ نَقُولُ: المَنْصُوصُ عَلَيْهِ إِعْتَاقُ

مرض الموت لا يجوز، وإذا كان يرجي ويخاف عليه يجوز، كذا في «المحيط».

قوله: إِذْ هِيَ عِبَارَةٌ عَنِ الذَّاتِ المَرْقُوقِ المَمْلُوكِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، فقوله: مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، متعلق بالمرقوقة دون المملوكة؛ لأن الرق الكامل شرط، ولهذا لو أعتق المدبر عن الكفارة لا تصح، ولو أعتق المكاتب الذي لم يرد شيئًا يصح، ويقع عن الكفارة.

قوله: وَنَحْنُ نَقُولُ: المَنْصُوصُ عَلَيْهِ إِعْتَاقُ الرَّقَبَةِ وَقَدْ تَحَقَّقَ، ذلك بإعتاق الكافرة.

ولا يقال: بين صفة الكفر والإيمان تضاد، فإذا جوزنا المؤمنة انتفت الكافرة.

لأنا نقول: إن جوازَ المؤمنة عندنا لأنها رقبة، لا لأنها مؤمنةٌ، ألا ترى أنا نجوز الكبيرة والصغيرة وبين الصفتين تضاد، وكذا يجوز الذكر والأنثى وبين الصفتين تضاد، ولكن الجواز باسم الرقبة فكان الوصف فيه غير معتبر، فأمَّا حمل المطلق على المقيد فالعراقيون من مشايخنا يجوزون ذلك في حادثةٍ واحدةٍ، كما في قوله صلى الله عليه وسلم: «في خمس من الإبل السائمة شاةٌ» مع قوله صلى الله عليه وسلم: «في خمس من الإبل شاةٌ».

ولكن الأصح أنه لا يجوز حمل المطلق على المقيد عندنا، لا في حادثة ولا في حادثتين، حتى جوَّز أبو حنيفة رحمه الله التيمُّم بجميع أجزاء الأرض عملاً بقوله صلى الله عليه وسلم: «جُعلت لي الأرض مسجدًا وطهورا»، ولم يحمل هذا المطلق على المقيَّد وهو قوله صلى الله عليه وسلم: «التراب طهور المسلم»؛ وهذا لأن للمطلق حكمًا وهو الإطلاق، وفي حمله على المقيد إبطال حكمه، وإليه أشار ابن عباس رضي الله عنهما في قوله: «أبهموا ما أبهم الله تعالى»، وامتناع وجوب الزكاة في غير السَّائمة ليس لحمل المطلق

الرَّقَبَةِ وَقَدْ تَحقَّقَ، وَقَصْدُهُ مِنَ الإِعْتَاقِ التَّمَكُّنُ مِنَ الطَّاعَةِ ثُمَّ مُقَارَفَتُهُ المَعْصِيَةَ يُحَالُ بِهِ إِلَى سُوءِ اخْتِيَارِهِ.

(وَلا تُجْزِئُ العَمْيَاءُ وَلا المَقْطُوعَةُ اليَدَيْنِ أَوِ الرِّجْلَيْنِ) لِأَنَّ الفَائِتَ جِنْسُ المَنْفَعَةِ

على المقيد، بل للنص الوارد بأن لا زكاة في العوامل، واشتراط صفة التتابع عندنا في الصوم في كفارة اليمين ليس بطريق حمل المطلق على المقيد، بل بقراءة ابن مسعود رضي الله عنه وهي مشهورة، وهو لازم عليهم، فإنهم لا يشترطون صفة التتابع فيها لحمل المطلق على المقيد، كذا في «المبسوط».

قوله: وَقَصْدُهُ مِنَ الإِعْتَاقِ، هذا جوابٌ عن **قوله:** الكَفَّارَةُ حَقُّ اللهِ تَعَالَى فَلَا يَجُوزُ صَرْفُهُ إِلَى عَدُوِّ اللهِ تَعَالَى، قلنا: قصد الكفر أن يكون العبدُ خالصًا للطاعات نحو الزكاة، والحج، والجهاد، والقضاء، والشهادة، ومتمكنًا منها، فالظاهرُ أن العبدَ يُسلم باعتبار أن مولاه أحسن إليه طلبًا لرضاء الله تعالى فأعتقه، وهو أيضًا يرعى حق الله تعالى فيطيعه، ولو أصرَّ على المعصية فالمعصية إنما تحققت بسوء اختياره، أي: اختيار العبد.

قوله: ثُمَّ مُقَارَفَتُهُ المَعْصِيَةَ، يقال: قارف فلان الخطيئة، أي: خالطها واكتسبها، ومنه ما ورد في الحديث: «من قارف ذنبًا فارقه عقل لم يعد إليه أبدًا».

وإنما لا يجوز أداء الزكاة إلى الكافر بالحديث، وهو قوله صلى الله عليه وسلَّم: «خذها من أغنيائهم وردها في فقرائهم» وقد ذكرناه في الزكاة.

فإن قلتَ: قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَيَمَّمُواْ ٱلْخَبِيثَ مِنْهُ﴾ [البقرة: ٢٦٧]، نَهى عن أن يطلب التقربُ بالخبيث، ولا خُبث أشد من الكفر.

قلتُ: لا حجة لك فيه؛ لأن الكفر خبث من حيث الاعتقاد، والمصروف إلى الكفارة ليس هو الاعتقاد، وإنما المصروف إلى الكفارة المالية ومن حيث المالية هو عيب يسير على شرف الزوال، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلا تُجْزِئُ العَمْيَاءُ، فموصوفها الرقبة لا الأنثى أو الأمة، حتى لا يجوز العبد

وَهُوَ البَصَرُ أَوِ البَطْشُ أَوِ المَشْيُ وَهُوَ المَانِعُ، أَمَّا إِذَا اخْتَلَّتِ المَنْفَعَةُ فَهُوَ غَيْرُ مَانِعٍ، حَتَّى يُجَوِّزَ العَوْرَاءَ وَمَقْطُوعَةَ إِحْدَى اليَدَيْنِ وَإِحْدَى الرِّجْلَيْنِ مِنْ خِلَافٍ لِأَنَّهُ مَا فَاتَ جِنْسُ المَنْفَعَةِ بَلِ اخْتَلَّتْ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتَا مَقْطُوعَتَيْنِ مِنْ جَانِبٍ وَاحِدٍ حَيْثُ لا يَجُوزُ لِفَوَاتِ جِنْسِ مَنْفَعَةِ المَشْيِ إِذْ هُوَ عَلَيْهِ مُتَعَذِّرٌ، وَيَجُوزُ الأَصَمُّ، وَالقِيَاسُ أَنْ لا يَجُوزَ وَهُوَ رِوَايَةُ النَّوَادِرِ، لِأَنَّ الفَائِتَ جِنْسُ المَنْفَعَةِ، إِلَّا أَنَّا اسْتَحْسَنَّا

الأعمى أيضًا.

والأصل الجامع في تخريج ما يجوز به الإعتاق عن الكفارة وما لا يجوز، هو أنه إذا أعتق رقبة كاملة الرق في ملكه مقرونًا بنية الكفارة، وجنس ما يُبْتَغى من المنافع فيها قائم بلا بدل، يجوز عن الكفارة، وإلا فلا يجوز.

وعن هذا قالوا: أنه إذا أعتق نصف الرقبة، ثم أعتق النصف الآخر قبل أن يجامعها يجوز عن كفارته، وبعدما جامعها لا يجوز عند أبي حنيفة رضي الله عنه خلافـًا لهما، وقولنا مقرونًا بنية الكفارة، فإنه إذا أعتق رقبة ولم ينو عن كفارته لا يجوز عن كفارته، وإن نوى عن كفارته بعد الإعتاق لا يجوز أيضـًا.

وقولنا: وجنسُ ما يُبْتَغى من المنافع فيه قائم، أنه إذا أعتق رقبة مقطوع اليدين وما يماثله لا يجوز، ولو كان مقطوع يد واحدة وما يماثله، أو مقطوع الأنف، أو عنينًا، أو خنثى، أو مجبوبـًا، أو كانت أمة رتقاء، أو لها قرن يمنع الجماع يجوز عن كفارته.

وقولنا: بلا بدل، فإنه إذا أعتق عبده على البدل لا يجوز، كذا في «شرح الطحاوي».

قوله: حَتَّى يُجَوِّزَ العَوْرَاءَ، وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز؛ لأنَّها ناقصة نقصانًا لا يرجى زواله فكانت كالعمياء، والأصل عنده أن كل عيب لا يرجى زواله يكون فاحشًا يمنع جواز التكفير به، وكل عيب يُرجى زواله يكون يسيرًا لا يمنع جواز التكفير به، كالحمى والشجة.

الجَوَازَ لِأَنَّ أَصْلَ المَنْفَعَةِ بَاقٍ، فَإِنَّهُ إِذَا صِيحَ عَلَيْهِ سَمِعَ حَتَّى لَوْ كَانَ بِحَالٍ لا يَسْمَعُ أَصْلًا بِأَنْ وُلِدَ أَصَمَّ وَهُوَ الأَخْرَسُ لا يَجْزِيه.

(وَلا يَجُوزُ مَقْطُوعُ إِبْهَامَيِ اليَدَيْنِ) لِأَنَّ قُوَّةَ البَطْشِ بِهِمَا فَبِفَوَاتِهِمَا يَفُوتُ جِنْسُ المَنْفَعَةِ (وَلا يَجُوزُ المَجْنُونُ الَّذِي لا يَعْقِلُ) لِأَنَّ الانْتِفَاعَ بِالجَوَارِحِ لا يَكُونُ إِلَّا بِالعَقْلِ فَكَانَ فَائِتَ المَنَافِعِ (وَالَّذِي يُجَنُّ وَيُفِيقُ يَجْزِيهِ) لِأَنَّ الاخْتِلَالَ غَيْرُ مَانِعٍ، وَلا يُجْزِئُ عِتْقُ المُدَبَّرِ وَأُمِّ الوَلَدِ لِاسْتِحْقَاقِهِمَا الحُرِّيَّةَ بِجِهَةٍ فَكَانَ الرِّقُّ فِيهِمَا نَاقِصًا،

قوله: فَإِنَّهُ إِذَا صِيحَ عَلَيْهِ يَسْمَعُ؛ وقيل في الرواية التي قال: لا يجوز، محمولة على صمم أصلي، ولا بد أن يكون معه الخرس فإنه لم يسمع الكلام ليتكلم، وهذا لا يجوز، ومراده من الرواية التي قال يجوز إذا كان الصم عارضًا، فلا يكون معه الخرس فيسمع عند المبالغة في رفع الصوت، ويجزئ الخصي، ومقطوع الأذنين ومقطوع المذاكير عندنا خلافًا لزفر؛ لأن بعد قطع الأذنين الشاخصتين السمع باقٍ، وإنما يفوت ما هو زينة وجمال فلا تصير الرقبةُ مستهلكة كفوت شعر الحاجبين واللحية، وفي الخصي ومقطوع المذاكير إنما يفوت منفعة النسل، وهي زائدة على ما يطلب من المماليك.

قوله: وَلا يَجُوزُ مَقْطُوعُ إِبْهَامَيِ اليَدَيْنِ، وكذلك إذا كان من كل يد ثلاث أصابع مقطوعة لم يجز لفوات منفعة البطش، وقطع أكثر الأصابع في هذا كجميعها، وإن كان المقطوع من كل يد إصبعًا أو إصبعين سوى الإبهام يجزي؛ لأن منفعة البطش باقية، كذا في «المبسوط».

قوله: وَالَّذِي يُجَنُّ وَيُفِيقُ يَجْزِيهِ، يريد به إذا أعتقه في حال إفاقته، وروى إبراهيم عن محمد رحمهما الله: إذا أعتق عبدًا حلال الدم قد قضى بدمه عن طهارة، ثم عفى عنه لم يجز، كذا في «المحيط».

قوله: وَلا يُجْزِئُ عِتْقُ المُدَبَّرِ وَأُمِّ الوَلَدِ؛ لأن المنصوص عليه الرقبة، وذلك اسم

وَكَذَا المُكَاتَبُ الَّذِي أَدَّى بَعْضَ المَالِ لِأَنَّ إعْتَاقَهُ يَكُونُ بِبَدَلٍ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَجْزِيهِ لِقِيَامِ الرِّقِّ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، وَلِهَذَا تَقْبَلُ الكِتَابَةُ الِانْفِسَاخَ، بِخِلَافِ أُمُومِيَّةِ الوَلَدِ وَالتَّدْبِيرِ لِأَنَّهُمَا لا يَحْتَمِلَانِ الِانْفِسَاخَ، فَإِنْ أَعْتَقَ مُكَاتَبًا لَمْ يُؤَدِّ شَيْئًا جَازَ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ، لَهُ أَنَّهُ اسْتَحَقَّ الحُرِّيَّةَ بِجِهَةِ الكِتَابَةِ فَأَشْبَهَ المُدَبَّرَ، وَلَنَا أَنَّ الرِّقَّ قَائِمٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ عَلَى مَا بَيَّنَّا،

للذات حقيقةً وللذات المرقوقة عرفًا، وقد دل على الرق قوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة: ٣]، فيقتضي قيام الرق مطلقًا، وبالاستيلاد يتمكن النقصان في الرق حتى لا يعود إلى الحالة الأولى بحال، ولأن قوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ يقتضي إنشاء العتق من كل وجه، وإعتاق أم الولد تعجيل لما صار مستحقًّا لها مؤجلًا فلا يكون إنشاء من كل وجه، كذا في «المبسوط».

وبهذا يعلم أن الرق ناقصٌ فيهما دون الملك؛ لأن العتق ضد الرق لا ضد الملك؛ لأن الملك ثابت في الثياب ولا يثبت العتق، واتحاد المحل شرط التضاد، فبهذا يُعلم أن بثبوت الملك في موضع لا يلزم الرق، وإذا كان الرقُّ ناقصاً لا يجوز عن الكفارة لعدم الإعتاق من كل وجهٍ، والملك فيها كامل؛ لأن المالك ما أزال الرق قصدًا عن أم الولد، بل أزال الشرعُ بسبب الولد فيظهر في حق الرق؛ لأن الرق حق الشرع، بخلاف الملك فإنه حق العبد.

وكذلك في التدبير موجب العتق بعد الموت، أمّا في المكاتب الرق كاملٌ؛ ولهذا يُردُّ عند العجز إلى الرق، فلو كان الرق ناقصًا لما صح الردُّ إلى الرقِّ عند العجز.

قوله: فَأَشْبَهَ المُدَبَّرَ، أي: على مذهبكم، فإن عند الشافعي بيع المدبر وإعتاقه جائز، فكان هذا منه استدلالًا بمذهبنا احتجاجًا علينا، لا أن يكون هذا مذهبه، كذا نقل عن مولانا حميد الدين رحمه الله.

قوله: وَلَنَا أَنَّ الرِّقَّ قَائِمٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ عَلَى مَا بَيَّنَّا، وهو قوله: وَلِهَذَا تَقْبَلُ الكِتَابَةُ الِانْفِسَاخَ.

وَلِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ» وَالكِتَابَةُ لَا تُنَافِيه فَإِنَّهُ فَكُّ الحَجْرِ بِمَنْزِلَةِ الإِذْنِ فِي التِّجَارَةِ إِلَّا أَنَّهُ بِعِوَضٍ فَيَلْزَمُ مِنْ جَانِبِهِ،

قوله: وَلِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ»، ولا يتمكن النقصان في رقه، ولا يصير العتق مستحقًّا له بسبب الكتابة؛ لأن حكم العتق في الكتابة متعلق بشرط الأداء، ولو علق عتقه بشرط آخر لم يثبت به الاستحقاق، فكذلك بهذا الشرط بل أولى؛ لأن التعليق بسائر الشروط يمنع الفسخ، وبهذا الشرط لا يمنع.

ولو تمكن نقصان في رقه لما تصور فسخه وإعادته إلى الحالة الأولى؛ لأن نقصان الرق بثبوت الحرية من وجه، وكما أن ثبوت الحرية من كل وجه لا يحتمل الفسخ، فكذلك ثبوتها من وجه؛ ولأن الثابت بالكتابة انفكاك الحجر عنه في حق المكاتب، وذلك لا يمكن نقصانًا في رقه كالإذن في التجارة، إلا أن ذلك فك الحجر بغير عوض، فلا يكون لازمًا في حق المولى، وهذا فك الحجر بعوض فيكون لازمًا.

ولكن مع هذا المنافع والمكاسب غير الرقبة، فبالتصرف فيها لازمًا كان أو غير لازم لا يتمكن النقصان في الرق، والملك كالإعارة مع الإجارة، وبسبب اللزوم يمتنع على المولى التصرف فيه، ويلزمه ضمان العقر والأرش؛ لأن ذلك في حكم المكاسب والمنافع، والمكاسب صارت مستحقة له، ولكن بهذا الاستحقاق لا تصير الرقبة في حكم المستهلكة، وإذا ثبت أن العتق لم يصير مستحقًّا بهذا السبب ظهر أن إعتاقَ المولى إيَّاه يكون تحريرًا مبتدأً من كل وجهٍ.

قوله: لَا تُنَافِيه، أي: الرق.

قوله: فَيَلْزَمُ مِنْ جَانِبِهِ، أي: جانب المولى.

وقوله: إِلَّا أَنَّهُ بِعِوَضٍ فَيَلْزَمُ مِنْ جَانِبِهِ، جواب إشكال وهو أن يقال: لو كانت الكتابة لفك الحجر بمنزلة الإذن في التجارة، ينبغي أن يستبد المولى بالفسخ كما في عزل المأذون، فأجاب عنه وقال: عقد الكتابة تعريض العبد للإعتاق بعوض، فكان لازمًا كالبيع.

وَلَوْ كَانَ مَانِعًا يَنْفَسِخُ مُقْتَضَى الإِعْتَاقِ إِذْ هُوَ يَحْتَمِلُهُ، إِلَّا أَنَّهُ تَسْلَمُ لَهُ الأَكْسَابُ وَالأَوْلَادُ لِأَنَّ العِتْقَ فِي حَقِّ المَحَلِّ بِجِهَةِ الكِتَابَةِ، أَوْ لِأَنَّ الفَسْخَ ضَرُورِيٌّ لا يَظْهَرُ فِي حَقِّ الوَلَدِ وَالكَسْبِ (وَإِنِ اشْتَرَى أَبَاهُ أَوِ ابْنَهُ يَنْوِي بِالشِّرَاءِ الكَفَّارَةَ جَازَ عَنْهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لا يَجُوزُ وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ كَفَّارَةُ اليَمِينِ وَالمَسْأَلَةُ تَأْتِيكَ

قوله: وَلَوْ كَانَ مَانِعًا، أي: لو كان عقد الكتابة مانعًا عن الإعتاق للكفارة، وهذا على وجه التسليم، يعني لو كان مانعًا ينفسخ هو في ضمن الإعتاق، فحينئذٍ يكون الإعتاق إعتاق قنٍّ خال عن عقد الكتابة.

قوله: إِذْ هُوَ يَحْتَمِلُهُ، أي: عقد الكتابة يحتمل الفسخ.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ تَسْلَمُ لَهُ، هذا جواب إشكال بأن يقال: لو كان إعتاقه بجهة التكفير وانفسخ عقد الكتابة في ضمن الإعتاق بجهة التكفير، كان يحب أن يكون الأولاد والأكساب للمولى، كما إذا أعتق عبده المأذون وله أكساب بجهة التكفير.

قلنا: إنما سلم له الأكساب والأولاد؛ لأنه أعتَقَ وهو مكاتب، لا لأنه عتق بجهة الكتابة، كما لو كاتب أم ولده ثم مات المولى عتقت بجهة الاستيلاد، وسلم لها الأكساب والأولاد؛ وهذا لأن العتق في المكاتب واحد، والإعتاق من المولى يختلف جهاته، ففيما يرجع إلى حق المكاتب جعل هذا ذلك العتق لكونه متحدًا، وفي حق المولى يجعل إعتاقًا بجهة الكفارة؛ لأنه قصد ذلك وهو كامرأة إذا وهبت الصداق للزوج قبل القبض، ثم طلقها قبل الدخول لا يرجع عليها بشيء، وجعل هبتها في حق الزوج تحصيلًا لمقصود الزوج عند الطلاق، وفي حقها يجعل تمليكًا بهبة مبتدأة، كذا في «المبسوط».

قوله: وَإِنِ اشْتَرَى أَبَاهُ أَوِ ابْنَهُ، إلى **قوله:** جَازَ عَنْهَا، هذا في حق الشراء، أمَّا لو دخل ذو رحم محرم منه في ملكه بلا صُنعة، كما إذا دخل بالميراث فإنه لا يجوز بالإجماع، ولو قال: إن دخلت الدار فأنت حرٌّ، ونوى العتق وقت دخوله الدار عن كفارته لا يجوز، إلا إذا نوى عن كفارته وقت اليمين، كذا في «شرح الطحاوي».

فِي كِتَابِ الأَيْمَانِ إِنْ شَاءَ اللهُ.

(وَإِنْ أَعْتَقَ نِصْفَ عَبْدٍ مُشْتَرَكٍ وَهُوَ مُوسِرٌ وَضَمِنَ قِيمَةَ بَاقِيهِ لَمْ يَجُزْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَيَجُوزُ عِنْدَهُمَا) لِأَنَّهُ يَمْلِكُ نَصِيبَ صَاحِبِهِ بِالضَّمَانِ فَصَارَ مُعْتِقًا كُلَّ العَبْدِ عَنِ الكَفَّارَةِ وَهُوَ مِلْكُهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ المُعْتِقُ مُعْسِرًا لِأَنَّهُ وَجَبَ عَلَيْهِ السِّعَايَةُ فِي نَصِيبِ الشَّرِيكِ فَيَكُونُ إِعْتَاقًا بِعِوَضٍ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ نَصِيبَ صَاحِبِهِ يَنْتَقِصُ عَلَى مِلْكِهِ

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ المُعْتِقُ مُعْسِرًا، أي: لا يجوز عن الكفارة بالاتفاق.

فإن قيل: يجب أن يقع عن الكفارة عندهما وإن كان المعتق معسرًا؛ لأنه يكون حرًّا مديونًا عندهما بناءً على أن الإعتاق لا يتجزأ عندهما.

قلنا: إنما لم يجز لأن وجوب هذا الدين بسبب الإعتاق، فلا يكون العتق مجانًا فلا يقع عن الكفارة.

قوله: وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أَنَّ نَصِيبَ صَاحِبِهِ يَنْتَقِصُ عَلَى مِلْكِهِ، أي: على ملك صاحبه؛ لأنه لمَّا أعتق النصفَ يكون نصيب شريكه ناقصًا؛ وذلك لأن العتق عنده يتجزي، وإنما عتق في نصيبه في الابتداء ونصف الرقبة ليس برقبة ثم يتمكن نقصان في الآخر؛ لأنه يتعذرُ استدامة الرق فيه، وهذا النقصان في ملك الشريك غير مُجزِئ عن كفارته، فبالضمان إنَّما يملك ما بقي منه، فإذا أعتقه كان هذا في المعنى إعتاق عبدًا لا شيئًا، كذا في «المبسوط».

فإن قيل: لِمَ قلتم أن ذلك النقصان تمكن في نصيب شريكه أعني به الساكت بل في نصيبه تمكن؛ وهذا لأن نصيب الساكت صار ملكًا للمعتق من وقت الإعتاق؛ لأن المضمونات تملك بأداء الضمان بصفة الاستناد إلى زمان وجود سبب الضمان عندنا على ما عُرف.

قلنا: الملك في المضمونات يثبت بصفة الاستناد في حق الضامن والمضمون له، لا في حق من عداهما على ما عُرف في كتاب الغصب من «الزيادات»، وإذا كان كذلك كان النقصان متمكنًا في نصيب الساكت في حق من عداهما فلم يجز، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

ثُمَّ يَتَحَوَّلُ إِلَيْهِ بِالضَّمَانِ وَمِثْلُهُ يَمْنَعُ الكَفَّارَةَ (فَإِنْ أَعْتَقَ نِصْفَ عَبْدِهِ عَنْ كَفَّارَتِهِ ثُمَّ أَعْتَقَ بَاقِيه عَنْهَا جَازَ) لِأَنَّهُ أَعْتَقَهُ بِكَلَامَيْنِ وَالنُّقْصَانُ مُتَمَكِّنٌ عَلَى مِلْكِهِ بِسَبَبِ الإِعْتَاقِ بِجِهَةِ الكَفَّارَةِ وَمِثْلُهُ غَيْرُ مَانِعٍ، كَمَنْ أَضْجَعَ شَاةً لِلْأُضْحِيَّةِ فَأَصَابَ السِّكِّينُ عَيْنَهَا، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ لِأَنَّ النُّقْصَانَ تَمَكَّنَ عَلَى مِلْكِ الشَّرِيكِ وَهَذَا عَلَى أَصْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، أَمَّا عِنْدَهُمَا فَالإِعْتَاقُ لا يَتَجَزَّأُ، فَإِعْتَاقُ النِّصْفِ إِعْتَاقُ الكُلِّ فَلَا يَكُونُ إِعْتَاقًا بِكَلَامَيْنِ. (وَإِنْ أَعْتَقَ نِصْفَ عَبْدِهِ عَنْ كَفَّارَتِهِ ثُمَّ جَامَعَ الَّتِي ظَاهَرَ مِنْهَا ثُمَّ أَعْتَقَ بَاقِيه لَمْ يَجُزْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) لِأَنَّ الإِعْتَاقَ يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُ، وَشَرْطُ الإِعْتَاقِ أَنْ يَكُونَ قَبْلَ المَسِيسِ بِالنَّصِّ، وَإِعْتَاقُ النِّصْفِ حَصَلَ بَعْدَهُ، وَعِنْدَهُمَا إِعْتَاقُ النِّصْفِ إِعْتَاقُ

قوله: وَالنُّقْصَانُ مُتَمَكِّنٌ عَلَى مِلْكِهِ بِسَبَبِ الإِعْتَاقِ بِجِهَةِ الكَفَّارَةِ، فيجعل كأنه أعتق أولًا النصفَ وبعض النصف الآخر، ثم في المرَّة الثانية أعتق ما بقي فيجزيه.

وأمَّا إذا كان العبد مشتركًا لا يمكن أن يجعل النقصان الحاصل في النصف الباقي مصروفًا إلى الكفارة؛ لانعدام الملك له في ذلك النصف، فبطل قدرُ النقصان ولم يقع عن الكفارة، فإذا ضمن قيمة النصف الباقي وأعتقه فقد صرفه إلى الكفارة وهو ناقصٌ، فصار في الحاصل كأنه أعتق عبدًا إلا قدر النقصان.

قوله: وَشَرْطُ الإِعْتَاقِ أَنْ يَكُونَ قَبْلَ المَسِيسِ، وإعتاق النصف حصل بعده.

فإن قيل: أيُّ إعتاق وجد بعد هذا، فإن كان إعتاق رقبةٍ كاملةٍ فهو إعتاق بعد المسيس، فعلى هذا إنه إذا أعتق رقبة كاملة ينبغي أن لا يجوز عن الكفارة أيضًا؛ لأنه إعتاق بعد المسيس.

قلنا: إنما يجوز لأنه إعتاق رقبة كاملة قبل المسيس الثاني، فصار إعتاق نصف العبد كأن لم يكن؛ لأن الشرط أن يكون إعتاق كل الرقبة موجودًا قبل المسيس، فصار كأنه صام شهرًا ثمَّ مسها ثم صام شهرًا، لا يجوز الصوم عن الكفارة بل يجب الاستئناف، فكذلك هاهُنا.

الكُلَّ فَحَصَلَ الكُلُّ قَبْلَ المَسِيسِ.

(وَإِذَا لَمْ يَجِدِ المُظَاهِرُ مَا يَعْتِقُ فَكَفَّارَتُهُ صَوْمُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ لَيْسَ فِيهِمَا شَهْرُ رَمَضَانَ وَلا يَوْمُ الفِطْرِ وَلا يَوْمُ النَّحْرِ وَلا أَيَّامُ التَّشْرِيقِ) أَمَّا التَّتَابُعُ فَلِأَنَّهُ مَنْصُوصٌ عَلَيْهِ وَشَهْرُ رَمَضَانَ لا يَقَعُ عَنِ الظِّهَارِ لِمَا فِيهِ مِنْ إِبْطَالِ مَا أَوْجَبَهُ اللهُ وَالصَّوْمُ فِي هَذِهِ الأَيَّامِ مَنْهِيٌّ عَنْهُ فَلَا يَنُوبُ عَنِ الوَاجِبِ الكَامِلِ.

(فَإِنْ جَامَعَ الَّتِي ظَاهَرَ مِنْهَا فِي خِلَالِ الشَّهْرَيْنِ لَيْلًا عَامِدًا أَوْ نَهَارًا نَاسِيًا اسْتَأْنَفَ الصَّوْمَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ) وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لا يَسْتَأْنِفُ لِأَنَّهُ لا يَمْنَعُ التَّتَابُعَ، إِذْ لا يَفْسُدُ بِهِ الصَّوْمُ وَهُوَ الشَّرْطُ، وَإِنْ كَانَ تَقْدِيمُهُ عَلَى المَسِيسِ شَرْطًا فَفِيمَا ذَهَبْنَا

قوله: وَإِذَا لَمْ يَجِدِ المُظَاهِرُ مَا يَعْتِقُ فَكَفَّارَتُهُ صَوْمُ شَهْرَيْنِ، وفي «المحيط»: وإذا لم يملك رقبة ولا ثمن رقبة يصوم شهرين متتابعين، فإن صام شهرين بالأهلة جاز، وإن كان كل شهر تسعة وعشرين يومًا، وإن صام بغير الأهلة ثم أفطر لتمام تسعة وخمسين يومًا فعليه الاستقبال.

قوله: وَلا يَوْمُ الفِطْرِ وَلا يَوْمُ النَّحْرِ، حتى لو دخل في صومه يوم النحر وأيّام التشريق فعليه استقبال الصوم؛ لأن الصوم في هذه الأيام منهي، فلا يتأدى به الواجب في ذمته، وينقطع التتابع بتخلل هذه الأيام.

قوله: فَإِنْ جَامَعَ الَّتِي ظَاهَرَ مِنْهَا فِي خِلَالِ الشَّهْرَيْنِ، إلى آخره، اعلم أنه إن أكل في صوم الظهار ناسيًا لصومه لم يضره، وكذلك إن جامع ناسيًا غير التي ظاهر منها؛ لأن حرمة هذا الفعل عليه لأجل الصوم فيختلف بالنسيان والعمد، بخلاف ما لو جامع التي ظاهر منها عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، فإن حرمةَ ذلك الفعل ليست لأجل الصوم، ألا ترى أنه كان محرمًا قبل الشروع في الصوم فيستوي النسيان والعمد، كذا في «المبسوط».

إِلَيْهِ تَقْدِيمُ البَعْضِ وَفِيمَا قُلْتُمْ تَأْخِيرُ الكُلِّ عَنْهُ، وَلَهُمَا أَنَّ الشَّرْطَ فِي الصَّوْمِ أَنْ يَكُونَ قَبْلَ المَسِيسِ وَأَنْ يَكُونَ خَالِيًا عَنْهُ ضَرُورَةً بِالنَّصِّ، وَهَذَا الشَّرْطُ يَنْعَدِمُ بِهِ فَيَسْتَأْنِفُ (وَإِنْ أَفْطَرَ مِنْهَا يَوْمًا بِعُذْرٍ أَوْ بِغَيْرِ عُذْرٍ اسْتَأْنَفَ) لِفَوَاتِ التَّتَابُعِ وَهُوَ قَادِرٌ عَلَيْهِ عَادَةً (وَإِنْ ظَاهَرَ العَبْدُ لَمْ يَجْزِ فِي الكَفَّارَةِ إِلَّا الصَّوْمُ) لِأَنَّهُ لا مِلْكَ لَهُ فَلَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِ التَّكْفِيرِ بِالمَالِ (وَإِنْ أَعْتَقَ المَوْلَى أَوْ أَطْعَمَ عَنْهُ لَمْ يَجْزِهِ) لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ المِلْكِ فَلَا يَصِيرُ مَالِكًا بِتَمْلِيكِهِ.

قوله: وَأَنْ يَكُونَ خَالِيًا عَنْهُ ضَرُورَةً بِالنَّصِّ، وإن عجز عن أحدهما وهو القبلية، لم يعجز عن الآخر وهو الإخلاء فيجب عليه تحقيقه لإمكانه.

قوله: وَإِنْ أَفْطَرَ مِنْهَا يَوْمًا بِعُذْرٍ، أي: بمرض أو سفرٍ، بخلاف ما إذا أفطرت المرأة بعذر الحيض في كفارة القتل أو كفارة الفطر حيث لا يستأنف، وعن هذا احترز **بقوله:** وَهُوَ قَادِرٌ عَلَيْهِ عَادَةً.

وذكر في «شرح الطحاوي»: أن المرأة إذا صامت عن كفارة الإفطار أو كفارة القتل، فحاضت في خلال ذلك فإنها لا تستقبل الصيام، ولكنها تصل أيام القضاء بعد الحيض؛ لأنها معذورةٌ لا تجد صوم شهرين متتابعين لا حيض فيهما.

ولو نفست استقبلت، ولو أفطرت يومًا بعد الحيض تستقبل الصيام، ولو كانت تصوم عن كفارة اليمين فحاضت في خلال ذلك فإنها تستقبل الصيام؛ لأنَّها تجد صوم ثلاثة أيام لا حيض فيها، ولو صام شهرين متتابعين ثم قدر على الإعتاق قبل غروب الشمس في آخر ذلك اليوم يجب عليه العتق، ويكون صومه تطوعًا؛ لأنه قدر على المبدل قبل الفراغ من المقصود بالبدل، فانتقض حكم البدل، كالمتيمم إذا وجد الماء قبل الفراغ من الصلاة.

والأفضل أن يتمَّ له صوم هذا اليوم، ولو لم يتمه وأفطر فلا يجب عليه القضاء عندنا، وقال زفر رحمه الله: يجب عليه القضاء، ولو قدر على الإعتاق بعد غروب الشمس في آخر

(وَإِذَا لَمْ يَسْتَطِعِ المُظَاهِرُ الصِّيَامَ أَطْعَمَ سِتِّينَ مِسْكِينًا) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾ [المجادلة: ٤] (وَيُطْعِمُ كُلَّ مِسْكِينٍ نِصْفَ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ أَوْ صَاعًا مِنْ تَمْرٍ أَوْ شَعِيرٍ أَوْ قِيمَةَ ذَلِكَ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فِي

اليوم جاز صومه عن كفارته.

قوله: أَوْ قِيمَةَ ذَلِكَ، أي من غير الأعداد المنصوصة مطلقًا، وأمَّا في الأعداد المنصوصة فلا يجوز أداءها قيمةً إذا كانت أقل قدرًا ممَّا قدره الشرع، وإن كانت أكثر من الآخر أو مثله قيمة حتى لو أدَّى نصف صاع من تمر جيد يبلغ نصف صاع من حنطة لا يجوز، وكذا لو أدَّى أقل من نصف صاع حنطة يبلغ صاعًا من تمر أو شعير لا يجوز.

والأصل فيه أن كل جنس هو منصوص عليه من الطعام لا يكون بدلًا عن جنس آخر هو منصوص عليه، وإن كان في القيمة أكثر، كذا في «المحيط».

وهذا لأنه لا اعتبار لمعنى النص في المنصوص عليه، وإنما الاعتبار له في غير المنصوص عليه.

فإن قلتَ: يشكل على هذا ما لو كسا عشرة مساكين ثوبًا واحدًا في كفارة اليمين جاز عن الطعام إذا كان قيمة نصيب كل واحدٍ منهم مثل قيمة الطعام.

قلتُ: لا يرد علينا ذلك؛ لأن المنصوصَ عليه هنالك في الكسوة ما يحصل به الاكتساء، وبعشر الثوب لا يحصل ذلك لكل مسكين، فلم يكن المؤدى منصوصًا عليه فيعتبر المعنى فيه، فكان هذا طردًا لا نقضًا؛ لأنا قلنا: إن اعتبار معنى النص في غير موضع النص، وهذا في غير موضعه لما قلنا فيجوز.

يُوضحه: أن في إقامة صنف مقام صنف إبطال التقدير المنصوص عليه في كل صنف، وكل تعليل يتضمن إبطال النصِّ فهو باطل، وليس في الكسوة تقدير منصوص عليه، فإقامته مقام الطعام لا يؤدي إلى إبطال التقدير المنصوص؛ ولأن المقصود بالكسوة غير المقصود بالطعام، فللمغايرة يجوز إقامة أحدهما مقام الآخر، والمقصودُ بأصناف الطعام واحدٌ فاعتبار

حَدِيثِ أَوْسِ بْنِ الصَّامِتِ وَسَهْلِ بْنِ صَخْرٍ: «لِكُلِّ مِسْكِينٍ نِصْفُ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ» وَلِأَنَّ المُعْتَبَرَ دَفْعُ حَاجَةِ اليَوْمِ لِكُلِّ مِسْكِينٍ فَيُعْتَبَرُ بِصَدَقَةِ الفِطْرِ، وَقَوْلُهُ أَوْ قِيمَةُ ذَلِكَ مَذْهَبُنَا وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الزَّكَاةِ (فَإِنْ أَعْطَى مَنًّا مِنْ بُرٍّ وَمَنَوَيْنِ مِنْ تَمْرٍ أَوْ شَعِيرٍ جَازَ) لِحُصُولِ المَقْصُودِ إِذِ الجِنْسُ مُتَّحِدٌ.

عين المؤدى فيه أولى، كذا في «المبسوط».

قوله: وَسُهَيْلِ بْنِ صَخْرٍ، وهو سُهيل بن صخر الليثي، كذا أورده الإمام المُسْتغفري[1] رحمه الله في «معرفة الصحابة».

وأمَّا في «المبسوط» فمَسْلَمة بن صخر، وذكر في «المغرب»: سَلمة بن صخر البياضي.

قوله: فَيُعْتَبَرُ بِصَدَقَةِ الفِطْرِ، ولكن بينهما فرق من حيث التفريق، وهو أنه لا يجوز التفريق هاهُنا بأن أدَّى منًّا من حنطة إلى مسكين، ومنًّا آخر إلى آخر فإنه لا يجوز، وعليه أن يتمَّ على ذلك المسكين، فإن لم يجد استأنف على غيره؛ لأن الواجبَ إطعامُ ستين مسكينًا فكان العدد معتبَرًا كالمقدار، وهي فرق لم يوجد الإطعام المعتاد للمساكين.

وأمَّا في صدقة الفطر فإنه إذا فرق أجزأه؛ لأن المعتبر ثمَّة المقدار دون العدد؛ لأن العدد مسكوتٌ عنه فيجوز، كذا في «مبسوط فخر الإسلام»، و«شرح الطحاوي».

قوله: لِحُصُولِ المَقْصُودِ إِذِ الجِنْسُ مُتَّحِدٌ، أي: من حيث الإطعام ورد الجوعة؛ لأن المقصود من البُر والتمر والشعير الإطعام، فيجوز تكميل أحدهما بالآخر، وإنَّما علل هنا

(١) هو العلامة المؤرخ، أبو العباس، جعفر بن محمد بن المعتز بن محمد ابن المستغفر، النسفي، المستغفري، خطيب نَسَف بما وراء النهر، كان فقيهًا فاضلًا ومحدثًا مكثرًا صدوقًا حافظًا لم يكن بما وراء النهر فى عصره مثله، وله تصانيف أحسنَ فيها، منها «الدعوات» في الحديث، و«التمهيد في التجويد»، و«فضائل القرآن»، و«الشمائل والدلائل ومعرفة الصحابة الأوائل»، و«المسلسلات» في الحديث، و«تاريخ كس»، و«تاريخ نسَف»، وغيرها، توفي سنة (٤٣٢ هـ).

انظر: «الجواهر المضية» (٢/ ١٩-٢٠)، «الفوائد البهية» (ص: ٥٧) وغيرهما.

(وَإِنْ أَمَرَ غَيْرَهُ أَنْ يُطْعِمَ عَنْهُ مِنْ ظِهَارِهِ فَفَعَلَ أَجْزَأَهُ) لِأَنَّهُ اسْتِقْرَاضٌ مَعْنًى وَالفَقِيرُ قَابِضٌ لَهُ أَوَّلًا ثُمَّ لِنَفْسِهِ فَتَحَقَّقَ تَمَلُّكُهُ ثُمَّ تَمْلِيكُهُ (فَإِنْ غَدَّاهُمْ وَعَشَّاهُمْ جَازَ،

باتحاد الجنس؛ لأنه إذا اختلفَ الجنس لا يجوز تكميل أحدهما بالآخر، حتى أنه إذا أطعم خمسة مساكين في كفارة اليمين بطريق الإباحة، وكسا خمسة مساكين، والكسوة أرخص من الطعام لم يجزه؛ لما أنَّ المقصود بالكسوة غير المقصود بالطعام، ألا ترى أن الإباحة تجوز في أحدهما دون الآخر، ولو جوزنا النصف من كل واحدٍ منهما كان نوعًا رابعًا، والمنصوص عليه ثلاثة أنواع لا غير، ذكره في أيمان «المبسوط».

وأمَّا إذا أعتق نصف رقبة وصام شهرًا، أو أطعم ثلاثين مسكينًا إنَّما لا يحوز؛ لأن نصف الرَّقبة ليس برقبة، وإكمال الأصل بالبدل غير ممكن، فإنَّهما لا يجتمعان فكيف يتحقق إكمال أحدهما بالآخر.

فإن قيل: يشكل على **قوله**: إذِ الجِنْسُ مُتَّحِدٌ، ما إذا أعتق نصف رقبتين بأن كان بينه وبين شريكه عبدان، فأعتق نصيبه منهما لا يجوز عن الكفارة، مع أن الجنس متحد من حيث الإعتاق.

قلنا: إنَّما لا يجوز؛ لأن نصف الرقبتين ليس برقبة والشركة في كل رقبة تمنع التكفير بها، بخلاف الأضحية؛ فإن الرجلين لو ذبحا شاتين بينهما عن أضحيتهما جاز؛ لأن الشركة لا تمنع الأضحية كما في البدنة، كذا في «المبسوط».

قوله: فَإِنْ غَدَّاهُمْ وَعَشَّاهُمْ جَازَ، والرواية: وَعَشَّاهُمْ، بالواو لا بأو، فإن التغدية الواحدة من غير التعشية، أو التعشية من غير التغدية لا يجوز.

وذكر في «المبسوط»: المعتبر في التمكين أكلتان مشبعتان، إمَّا الغداء والعشاء، وإمَّا غداءان أو عشاءان لكل مسكين، فإن المعتبر حاجة اليوم وذلك بالغداء والعشاء.

وفي «المجرَّد»: عن أبي حنيفة رضي الله عنه: إذا غدا ستين وعشا آخرين لا يجوز، ذكره في «المحيط».

قَلِيلًا كَانَ مَا أَكَلُوا أَوْ كَثِيرًا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لا يُجْزِئُهُ إلَّا التَّمْلِيكُ اعْتِبَارًا بِالزَّكَاةِ وَصَدَقَةِ الفِطْرِ، وَهَذَا لِأَنَّ التَّمْلِيكَ أَدْفَعُ لِلْحَاجَةِ فَلَا يَنُوبُ مَنَابَهُ الإِبَاحَةُ، وَلَنَا أَنَّ

قوله: قَلِيلًا كَانَ مَا أَكَلُوا أَوْ كَثِيرًا، أي: بعدما شبعوا، فالمعتبر فيه الشبع لا المقدار.

وذكر في «المحيط»: وإذا غداهم وعشاهم فالمعتبر فيه أكلتان مشبعتان، ولا معتبر فيه لمقدار الطعام، ورُوي عن أبي حنيفة رضي الله عنه في كفارة اليمين: لو قدم أربعة أرغفة أو ثلاثة بين يدي عشرة وشبعوا أجزأه، وإن لم يبلغ ذلك إلا صاعًا أو نصف صاع، وإن كان أحدهم شبعان هل يجوز؟

اختلف المشايخ فيه قال بعضهم: يجوز؛ لأنه وجد إطعام العشرة وقد شبعوا، وقال بعضهم: لا يجوز؛ لأن المأخوذ عليه إشباع العشرة، وهو ما أشبع العشرة إنما أشبع التسعة.

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لا يُجْزِئُهُ إلَّا التَّمْلِيكُ، وعندنا الإطعام بالكفارات يتأدى بالتمكين من الطعام.

وقال الشافعي رحمه الله: لا يتأدى إلا بالتمليك من الفقير، وكان حمدانُ بن سهل يقول: لا يتأدى بالتمليك، وإنما يتأدى بالتمكين فقط؛ لظاهر قوله تعالى: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾ [المجادلة: ٤]، والإطعام فعل متعدٍ ولازمه طَعِم يطعَم،[1] وذلك الأكل دون الملك، ففى التمليك لا توجد حقيقة الإطعام، وإنما يوجد ذلك في التمكين؛ لأنه لا يتم ذلك إلا بأن يطعم المسكين، والكلام محمول على حقيقته.

والشافعي رحمه الله يقول: الإطعام يذكر للتمليك عرفًا، يقول الرجل لغيره: أطعمتك هذا الطعام، أي ملكتكه، والمقصود سدُّ خلة المسكين وإغناؤه، وذلك يحصل بالتمليك دون التمكين.

---

(١) في هامش نسخة (ف١) و(قط) وغيرهما: أي: ولازم الإطعام، ولكن الطعم في نفسه متعدٍ بدليل قوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَطْعَمْهُ فَإِنَّهُۥ مِنِّيٓ﴾ [البقرة: ٢٤٩]، ولكن انحط هو عن الإطعام بالاقتصار على مفعول واحدٍ، بخلاف الإطعام، فإنه يتعدي إلى المفعولين فلذلك سمَّاه لازمًا. انتهى

المَنْصُوصَ عَلَيْهِ هُوَ الإِطْعَامُ وَهُوَ حَقِيقَةٌ فِي التَّمْكِينِ مِنَ الطُّعْمِ وَفِي الإِبَاحَةِ ذَلِكَ كَمَا فِي التَّمْلِيكِ، أَمَّا الوَاجِبُ فِي الزَّكَاةِ الإِيتَاءُ وَفِي صَدَقَةِ الفِطْرِ الأَدَاءُ وَهُمَا لِلتَّمْلِيكِ حَقِيقَةً. (وَلَوْ كَانَ فِيمَنْ عَشَّاهُمْ صَبِيٌّ فَطِيمٌ لا يُجْزِئُهُ) لِأَنَّهُ لا يَسْتَوْفِي كَامِلًا، وَلا بُدَّ مِنَ الإِدَامِ فِي خُبْزِ الشَّعِيرِ لِيُمْكِنَهُ الاِسْتِيفَاءُ إِلَى الشِّبَعِ، وَفِي خُبْزِ الحِنْطَةِ لا يُشْتَرَطُ الإِدَامُ.

(وَإِنْ أَطْعَمَ مِسْكِينًا وَاحِدًا سِتِّينَ يَوْمًا أَجْزَأَهُ، وَإِنْ أَعْطَاهُ فِي يَوْمٍ وَاحِدٍ لَمْ يَجْزِهِ إِلَّا عَنْ يَوْمِهِ) لِأَنَّ المَقْصُودَ سَدُّ خَلَّةِ المُحْتَاجِ وَالحَاجَةُ تَتَجَدَّدُ فِي كُلِّ يَوْمٍ، فَالدَّفْعُ إِلَيْهِ فِي اليَوْمِ الثَّانِي كَالدَّفْعِ إِلَى غَيْرِهِ، وَهَذَا فِي الإِبَاحَةِ مِنْ غَيْرِ خِلَافٍ، وَأَمَّا التَّمْلِيكُ مِنْ مِسْكِينٍ وَاحِدٍ فِي يَوْمٍ وَاحِدٍ بِدَفَعَاتٍ، فَقَدْ قِيلَ لا يُجْزِئُهُ،

قوله: وَفِي الإِبَاحَةِ ذَلِكَ - أي: الإطعام - كَمَا فِي التَّمْلِيكِ، فيتأدَّى الواجب بكل واحد منهما، أمَّا بالتمليك فلأن الأكل الذي هو المنصوصُ عليه جزء ممَّا هو المقصود بالتمليك؛ لأنه إذا ملك منه فإمَّا أن يأكل أو يصرف إلى حاجة أخرى، فيقام هذا التمليك مقام ما هو المنصوصُ عليه لهذا المعنى، ويتأدَّى بالتمكين مُراعاة عين النص، والدليل عليه أن شبَّهه بطعام الأهل فقال تعالى: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ [المائدة: ٨٩]، وذلك يتأدَّى بالتمليك تارةً وبالتمكين أخرى فكذا هذا؛ لأن حكم المشبه حكم المشبَّه به، وهذا في الإباحة من غير خلاف.

قوله: وَهَذَا، إشارة إلى **قوله:** لَمْ يَجْزِهِ إِلَّا عَنْ يَوْمِهِ، يعني: إذا دفع ستين مرَّة لمسكين واحدٍ في يوم واحدٍ بطريق الإباحة لا يجوز من غير خلاف.

قوله: فَقَدْ قِيلَ لا يُجْزِئُهُ، وذكر في «المحيط»: هو الصحيح فوجه ذلك هو أن المعتبر سدُّ الخلة، ولهذا لا يجوز صرفه إلى الغنيّ؛ لأنه طاعم يملكه وإطعام الطَّاعم لا يتحقق، كما

وَقَدْ قِيلَ يُجْزِئُهُ لِأَنَّ الحَاجَةَ إِلَى التَّمْلِيكِ تَتَجَدَّدُ فِي يَوْمٍ وَاحِدٍ، بِخِلَافِ مَا إِذَا دَفَعَ بِدَفْعَةٍ وَاحِدَةٍ، لِأَنَّ التَّفْرِيقَ وَاجِبٌ بِالنَّصِّ.

(وَإِنْ قَرُبَ الَّتِي ظَاهَرَ مِنْهَا فِي خِلَالِ الإِطْعَامِ لَمْ يَسْتَأْنِفْ) لِأَنَّهُ تَعَالَى مَا شَرَطَ فِي الإِطْعَامِ أَنْ يَكُونَ قَبْلَ المَسِيسِ، إِلَّا أَنَّهُ يُمْنَعُ مِنَ المَسِيسِ قَبْلَهُ لِأَنَّهُ رُبَّمَا يَقْدِرُ

أن التمليك من المالك لا يتحقق، وبعدما استوفى وظيفتُه في هذا اليوم لا يحصل سدُّ خلته بصرف وظيفةٍ أخرى في هذا اليوم إليه، بخلاف كفارةٍ أخرى؛ لأن المستوفى في حكم تلك الكفارة كالمعدوم، ولا يُمكن أن يجعل مثلُه في هذه الكفارة.

وبخلاف الثوب؛ لأن تجدد الحاجة إليه تختلف أحوال الناس فيه، فلا يمكن تعليق الحكم بعينه لتعذر الوقوف عليه، فيُقام تجدد الأيام فيه مقام تجدُّد الحاجة تيسيرًا.

قوله: وَقَدْ قِيلَ يُجْزِئُهُ؛ لأن التمليك أقيم مقام حقيقة الإطعام والحاجة بطريق التمليك ليس لها نهاية، فإذا فرق الدَّفعات جاز ذلك في يوم واحدٍ كما يجوز في الأيام؛ واستدلوا على هذا بما ذكر في كتاب الأيمان أنه لو كان كسا مسكينًا واحدًا في عشرة أيام كسوة عشرة مساكين أجزاه؛ لتفرق الفعل وإن انعدم تجدد الحاجة في كل يوم، والدليل عليه أنه بعدما أخذ وظيفته في هذا اليوم لو صرف إليه رجل آخر طعام مسكين عن كفارته يجوز، وكذلك إذا صرف إليه ذلك الرجل طعام مسكين آخر.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا دَفَعَ بِدَفْعَةٍ وَاحِدَةٍ؛ لأن الواجب عليه تفريق الفعل بالنص، فإذا جمع لا يجزيه إلا عن واحدٍ، كالحاج إذا رمى الحصيات السبع دفعةً واحدةً، كذا في «المبسوط».

قوله: إِلَّا أَنَّهُ يُمْنَعُ مِنَ المَسِيسِ قَبْلَهُ، وقال مالك رحمه الله: لا يمنع، بل له أن يجامعها قبل التكفير؛ لأنه ليس في التكفير بالإطعام شرط التقديم على المسيس في النص، ولا مدخلَ للقياس في هذا الباب، ولكنا نستدل بقوله صلى الله عليه وسلَّم: «استغفر الله ولا تعد حتى تكفر» من غير تفصيل؛ ولأن من الجائز أن يقدر على الإعتاق والصيام فتصير كفارته بذلك، فحينئذٍ يكون مسُّه قبل التكفير وهو حرامٌ.

عَلَى الإِعْتَاقِ أَوِ الصَّوْمِ فَيَقَعَانِ بَعْدَ المَسِيسِ، وَالمَنْعُ لِمَعْنًى فِي غَيْرِهِ لا يَعْدَمُ المَشْرُوعِيَّةَ فِي نَفْسِهِ.

(وَإِذَا أَطْعَمَ عَنْ ظِهَارَيْنِ سِتِّينَ مِسْكِينًا كُلَّ مِسْكِينٍ صَاعًا مِنْ بُرٍّ لَمْ يَجْزِهِ إِلَّا عَنْ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ يُجْزِئُهُ عَنْهُمَا، وَإِنْ أَطْعَمَ ذَلِكَ عَنْ إِفْطَارٍ وَظِهَارٍ أَجْزَأَهُ عَنْهُمَا) لَهُ أَنَّ بِالمُؤَدَّى وَفَاءً بِهِمَا وَالمَصْرُوفُ إِلَيْهِ مَحِلٌّ لَهُمَا فَيَقَعُ عَنْهُمَا كَمَا لَوِ اخْتَلَفَ السَّبَبُ أَوْ فَرَّقَ فِي الدَّفْعِ، وَلَهُمَا أَنَّ النِّيَّةَ

قوله: وَالمَنْعُ - أي: المنع من المسيس قبل الإطعام - لِمَعْنًى فِي غَيْرِهِ، أي في غير المسيس، وهو توهم القدرة على الإعتاق أو الصيام، ومثل هذا المنع في المشروع لا يمنع مشروعية ذلك المشروع، كالنهي عن صوم يوم النحر، والصلاة في الأوقات المكروهة لمَّا كان لمعنى الإعراض عن ضيافة الله، ولمعنى وقوع الصلاة في أوقات نُسبَت إلى الشيطان لم يَنفِ مشروعيَّة الصوم والصلاة في أنفسهما، فكذلك هاهُنا لمَّا كان النهي لمعنًى في غير المسيس كان المسيس مشروعًا في نفسه في فصل الإطعام سواء كان قبل الإطعام أو بعده نظرًا إلى الإطلاق في النص.

قوله: وَإِذَا أَطْعَمَ عَنْ ظِهَارَيْنِ، أي في امرأة واحدة أو امرأتين.

قوله: وَلَهُمَا أَنَّ النِّيَّةَ فِي الجِنْسِ الوَاحِدِ لَغْوٌ وَفِي الجِنْسَيْنِ مُعْتَبَرَةٌ، إلى آخره، وطرديتهما هي أنه زادَ في الوظيفة ونقص عن المحل، فلا يُجزيه إلا بقدر المحل، كما لو أعطى ثلاثين مسكينًا في كفارة واحدة كل مسكين صاعًا، وبيانُ ذلك أن الواجب عليه في كل كفارة إطعام ستين مسكينًا، فمحل إطعام الظهارين مائة وعشرون مسكينًا، وقد نقص عن المحل وزاد في الواجب؛ لأن الواجب لكل مسكين نصف صاع وقد أدَّى صاعًا، وحقيقة المعنى فيه أن في الجنس الواحد كما لا يعتبر نيته في العدد، فنيته عن ظهارين وعن ظهار واحد سواءٌ.

بخلاف ما إذا كانتا من جنسين؛ لأن نيةَ التعيين معتبرة عند اختلاف الجنس، فكذلك

فِي الجِنْسِ الوَاحِدِ لَغْوٌ وَفِي الجِنْسَيْنِ مُعْتَبَرَةٌ، وَإِذَا لَغَتِ النِّيَّةُ وَالمُؤَدَّى، يَصْلُحُ كَفَّارَةً وَاحِدَةً، لِأَنَّ نِصْفَ الصَّاعِ أَدْنَى المَقَادِيرِ فَيَمْنَعُ النُّقْصَانَ دُونَ الزِّيَادَةِ فَيَقَعُ عَنْهُمَا، كَمَا إِذَا نَوَى أَصْلَ الكَفَّارَةِ بِخِلَافِ مَا إِذَا فَرَّقَ فِي الدَّفْعِ لِأَنَّهُ فِي الدَّفْعَةِ الثَّانِيَةِ فِي حُكْمِ مِسْكِينٍ آخَرَ.

(وَمَنْ وَجَبَتْ عَلَيْهِ كَفَّارَتَا ظِهَارٍ فَأَعْتَقَ رَقَبَتَيْنِ لا يَنْوِي عَنْ إِحْدَاهُمَا بِعَيْنِهَا جَازَ عَنْهُمَا، وَكَذَا إِذَا صَامَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ أَوْ أَطْعَمَ مِائَةً وَعِشْرِينَ مِسْكِينًا جَازَ) لِأَنَّ الجِنْسَ مُتَّحِدٌ فَلَا حَاجَةَ إِلَى نِيَّةٍ مُعَيَّنَةٍ (وَإِنْ أَعْتَقَ عَنْهُمَا رَقَبَةً وَاحِدَةً أَوْ صَامَ شَهْرَيْنِ كَانَ لَهُ أَنْ يَجْعَلَ ذَلِكَ عَنْ أَيِّهِمَا شَاءَ، وَإِنْ أَعْتَقَ عَنْ ظِهَارٍ وَقَتْلٍ لَمْ يَجُزْ عَنْ وَاحِدٍ مِنْهُمَا) وَقَالَ زُفَرُ: لا يَجْزِيه عَنْ أَحَدِهِمَا فِي الفَصْلَيْنِ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَهُ أَنْ يَجْعَلَ ذَلِكَ عَنْ أَحَدِهِمَا فِي الفَصْلَيْنِ لِأَنَّ الكَفَّارَاتِ كُلَّهَا بِاعْتِبَارِ اتِّحَادِ المَقْصُودِ جِنْسٌ وَاحِدٌ، وَجْهُ قَوْلِ زُفَرَ أَنَّهُ أَعْتَقَ عَنْ كُلِّ ظِهَارٍ نِصْفَ العَبْدِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَجْعَلَ عَنْ أَحَدِهِمَا

يعتبر نيته عن الكفارتين ليكون عن كل واحدة منهما نصف المؤدَّى، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلَهُمَا أَنَّ النِّيَّةَ فِي الجِنْسِ الوَاحِدِ لَغْوٌ وَفِي الجِنْسَيْنِ مُعْتَبَرَةٌ، ألا ترى أنَّ قضاء أيام من رمضان لا تجب فيه نية التعيين، وقضاء رمضانَ وصوم النذر يفتقر إلى تعيين النية لاختلاف جنسهما.

قوله: وَإِنْ أَعْتَقَ عَنْ ظِهَارٍ وَقَتْلٍ لَمْ يَجُزْ عَنْ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، قالوا لو أعتق رقبة كافرة عنهما يقع عن الظهار، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قوله: كَانَ لَهُ أَنْ يَجْعَلَ ذَلِكَ عَنْ أَيِّهِمَا شَاءَ، هذا جوابُ الاستحسان والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر؛ لأنه خرج الأمر من يده على ما يجيء.

بَعْدَمَا أَعْتَقَ عَنْهُمَا لِخُرُوجِ الأَمْرِ مِنْ يَدِهِ، وَلَنَا أَنَّ نِيَّةَ التَّعْيِينِ فِي الجِنْسِ المُتَّحِدِ غَيْرُ مُفِيدٍ فَتَلْغُو، وَفِي الجِنْسِ المُخْتَلِفِ مُفِيدَةٌ،

قوله: وَلَنَا أَنَّ نِيَّةَ التَّعْيِينِ فِي الجِنْسِ المُتَّحِدِ غَيْرُ مُفِيدٍ فَتَلْغُو، أرادتُه تعميمَ الجنس بالنية، ألا ترى أنه إذا عيَّن ظهارَ إحداهما للتكفير صح، ويبطل ظهارها حتى حل له قربانها، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: لا يَجْزِيه عَنْ أَحَدِهِمَا فِي الفَصْلَيْنِ،(١) أي: في الجنس المتحد كما في الظهارين، وفي الجنس المختلف كما في قتل وظهار، وحاصله أن عند زفر شمول العدم، وعند الشافعي شمول الجواز، وعندنا بالفصل في الجنس الواحد كما إذا أعتق رقبةً واحدةً عن كفارتَي ظهارين يجوز عن إحداهما، وكان له أن يصرف إلى أيِّهما شاء، وأمَّا إذا أعتق رقبةً واحدةً عن كفارتَي ظهار وقتلٍ لا يجوز عن واحد منهما.

قوله: وَلَنَا أَنَّ نِيَّةَ التَّعْيِينِ فِي الجِنْسِ المُتَّحِدِ - كما في الظهارين - غَيْرُ مُفِيدٍ فَتَلْغُو، فبقي الإعتاق عن الظهار مطلقًا لا غير.

ولو أطلق جاز عن أحدهما ثمَّ له التعيين، فكذلك عند لغو النية عنهما جميعًا باعتبار اتحاد الجنس يجوز له التعيين عن أحدهما، فيملك التعيين كمن عليه قضاء أيام من رمضان عليه نية القضاء، لا تعيين اليوم بأنه صوم يوم السبت أو يوم الأحد.

وفي الجنس المختلف كما في الظهار والقتل مفيد لاختلاف الجنس، فلمَّا صحت النية عند اختلاف الجنس لم يعتق الكل عن القتل ولا عن الظهار، فلذلك لم يجز.

وحاصله أن عدم الجواز إنما نشأ من صحة تعيين النية وذلك عند اختلاف الجنس، والجواز إنما نشأ من عدم صحة تعيين النية وذلك عند اتحاد الجنس.

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة»: أنه نوى التوزيع في الجنس الواحد فيلغو نية التوزيع، قياسًا على ما قالوا فيمن كان عليه قضاء يومين من رمضان، فنوى من الليل أن يصوم غدًا

---

(١) قد مرَّ هذا النص في المتن في الصفحة السابقة.

وَاخْتِلَافُ الجِنْسِ فِي الحُكْمِ وَهُوَ الكَفَّارَةُ هَاهُنَا بِاخْتِلَافِ السَّبَبِ،

قضاء عن اليومين، كانت نية التوزيع لغوًا منه، وإذا لغت نية التوزيع صار كأنه أعتق رقبة عن الظهارين ولم ينو عنهما، ولو كان كذلك جاز وكان له أن يصرف إلى أيِّهما شاء، فكذا هنا.

بخلاف ما لو كانت الكفارتان من جنسين مختلفين؛ لأنه نوى التوزيع في الجنس المختلف، ونية التوزيع في الجنس المختلف معتبرة، ألا ترى أن من كان عليه قضاء يوم رمضان وصوم يوم عن كفارة اليمين نوى من الليل أن يصوم غدًا عنهما كانت النية معتبرة حتى لا يصير صائمًا، كذلك هاهُنا.

ثم قال: قال رحمه الله في هذا الوجه نوعُ نظرٍ، فإنه إذا نوى ظهرين من يومين لا يجوز، وإن كان الجنس واحدًا، وما الفرق بين هذا وبين ما إذا نوى صومين من يومين؟ يجوز عن أحدهما لاتحاد الجنس.

قال الإمام الزاهد الصفار رحمه الله: فليس هذا كصلوات الظهر متى كانت عليه، فإن نية التعيين فيه لازمة لكل يوم؛ لأن وقت الظهر من اليوم الثانِي غير وقت الظهر من اليوم الأول حقيقةً وحكمـًا، أمَّا حقيقةً فلا ريب، وأمَّا حكمًا فلأن الخطاب ما تعلق بوقت يجمعُها، بل بدلوك الشمس والدلوك في اليوم الأول غير الدلوك في اليوم الثانِي.

بخلاف قضاء الصيام من رمضان، حيث يكفيه أن ينوي قضاء رمضان، ولا يحتاج إلى التعيين أنه من يوم السبت أو من يوم الأحد؛ لأن الخطاب تعلق بزمان يجمعها وإنه واحد، وحرمة الشهر ثابتة بصفة الامتداد من أوله إلى آخره؛ فلمَّا كانت الحرمة واحدة لا يشترط التعيين، حتى قالوا في قضاء يومين من رمضانين يشترط التعيين، كذا ذكره القاضي الإمام فخر الدين رحمه الله في «فتاواه».

قوله: وَاخْتِلَافُ الجِنْسِ فِي الحُكْمِ وَهُوَ الكَفَّارَةُ - أي: كفارة الظهار مع كفارة القتل يختلفان - **بِاخْتِلَافِ السَّبَبِ**، وهو القتل والظهار، وأمَّا بالنظر إلى إعتاق الرقبة فكلاهما جنس واحد، فلمَّا اختلف الجنس نظرًا إلى السبب صحت النية، فكان إعتاقه رقبة واحدة للكفارتين، فلكل واحدة منهما نصف رقبة فلا يجوز، إلى آخر ما ذكرناه.

نَظِيرُ الأَوَّلِ إِذَا صَامَ يَوْمًا فِي قَضَاءِ رَمَضَانَ عَنْ يَوْمَيْنِ يَجْزِيه عَنْ قَضَاءِ يَوْمٍ وَاحِدٍ، وَنَظِيرُ الثَّانِي إِذَا كَانَ عَلَيْهِ صَوْمُ القَضَاءِ وَالنَّذْرِ فَإِنَّهُ لا بُدَّ فِيهِ مِنَ التَّمْيِيزِ، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

قوله: نَظِيرُ الأَوَّلِ، إشارة إلى الجنس المتحد.

قوله: وَنَظِيرُ الثَّانِي، إشارة إلى الجنس المختلف، والله تعالى أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

(بَابُ اللِّعَانِ)

باب اللعـان

قد ذكرنا وجهَ مناسبة الباب فيما تقدم، فيحتاج هاهُنا إلى معرفة اللعان لغةً، وشرعًا، ومعرفة سببه، وشرطه، وركنه، وحكمه، وأهليَّة من يقوم به، وصورته.

أمَّا اللغة: فإن معناه الطردُ، يقال: لعنه لعنًا ولاعنه ملاعنةً ولعانـًا، ثم لُقِّب الباب باللعان دون الغضب وإن كان فيه الغضبُ أيضـًا؛ لأن اللعان من جانب الرجل، وهو مقدَّم وسابق، والسبق من أسباب التَّرجيح.

وأمَّا في الشرع: فعبارة عما يجري بين الزوجين من الشهادات الأربع واللعن والغضب.

وسببه: قذف الرجل امرأتَه قذفًا يوجب الحد في الأجانب، فيجب به اللعانُ بين الزوجين.

وشرطه: النكاحُ حتى لو طلقها بعد القذف لا يجري اللعان بينهما.

وركنه: الشهادات المخصوصة التي تجري بكلمات معروفة بين الزوجين.

وحكمه: حرمة الوطء والاستمتاع كما فرغا من اللعان، ولكن لا تقع الفرقة بنفس اللعان، حتى لو طلقها في هذه الحالة طلاقًا بائنًا يقع، وكذا لو أكذبَ الرجل نفسه حل الوطء من غير تجديد النكاح، بمنزلة ما لو أسلمَ أحد الزوجين يحرم الوطئ ولا يقع الفرقة قبل التفريق.

وأهله: هو من كان أهلاً للشهادة عندنا، فلذلك لم يجز اللعان بين زوجين مملوكين، أو أحدهما مملوك، أو صبي، أو مجنون، أو محدود في قذف أو كافر.

قَالَ: (إِذَا قَذَفَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ بِالزِّنَا وَهُمَا مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ،

وصورته: هي أن المرأة إذا خاصمته إلى القاضي بعد القذف يأمره القاضي باللعان، يقوم الرجل فيشهد أربع شهادات بالله أنه لمن الصادقين إلى آخر ما ذكره في الكتاب، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان وغيره.

اعلم أن موجب قذف الرجل زوجتَه كان هو الحد في الابتداء، كما في الأجنبية ثبت بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ﴾ [النور: ٤] الآية، والدليل عليه ما رُوي عن ابن مسعود رضي الله عنه قال: «كنَّا جلوسًا في المسجد ليلة الجمعة، إذ دخل أنصاريّ فقال: يا رسول الله أرأيتم الرجل يجد مع امرأته رجلًا، فإن قتل قتلتموه، فإن تكلم جلدتموه، وإن سكتَ سكت على غيظٍ، ثم قال: اللّهم افتح، فنزلت آية اللعان».

وقال النبي عليه الصلاة والسلام لهلال بن أمية حين قذف امرأته بشريك بن سحماء: «إيتِ بأربعةٍ يشهدون على صدق مقالتك وإلا فحدٌّ على ظهرك، فقالت الصحابة: الآن يُجلد هلال بن أمية، فتبطل شهادته في المسلمين»، فثبتَ أن موجب القذف كان الحدّ، ثم انتسخ ذلك باللعان في حق الزوجات، واستقرَّ الأمرُ على أن موجبَ قذف الزوج اللعان بشرائط.

وعلى قول الشافعيّ رحمه الله: موجبَه الحدُّ، ولكنه يتمكن من إسقاط ذلك الحدِّ عن نفسه باللعان، حتى قال: لو امتنع الزوجُ من اللعان يُقام عليه حدُّ القذف، وعندنا يُحبس حتى يلتعن، كذا في «المبسوط».

رُوي «أن عاصم بن عدي الأنصاري خرج يومًا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلَّم فاستقبله هلال ابن أميَّة أو عُويمر، فقال: ما وراءَك؟ قال: شرٌّ، وجدتُّ على بطن امرأتِي خولةَ بنت عاصم شريك ابن سَحْمَاء، فأخبر عاصم رسول الله صلى الله عليه وسلَّم فكلَّم خولة فقالت: لا أدري الغيرةَ أدركته أم بُخلًا على الطعام! فكان شريك نزيلَهم[1]، وقال هلال: لقد رأيتُه على بطنها، فنزلت آية اللعان، كذا في «الكشاف».

قوله: وَهُمَا مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ، ذكر في «الأسرار»: والأهلُ من هو أهل لأداء سائر

(١) في هامش نسخة (قط): أي: ضيفَهم.

وَالمَرْأَةُ مِمَّنْ يُحَدُّ قَاذِفُهَا أَوْ نَفَى نَسَبَ وَلَدِهَا وَطَالَبَتْهُ بِمُوجِبِ القَذْفِ فَعَلَيْهِ

الشهادات، فعُلِم بهذا أن المراد من أهلية الشهادة كونه أهلًا لأداء الشهادة، ولذلك قلنا: لا يجري اللعان بين الزوجين إذا كانا مملوكين، أو أحدهما مملوك على ما يأتي.

فإن قلتَ: يُشكل على هذا جريان اللعان بين الزوجين الأعميين أو الفاسقين، ذكره الإمام قاضي خان، مع أنَّهما لا أداء لهما للشهادة.

قلتُ: إنَّهما من أهل الشهادة، ألا ترى أن القاضي لو قضى بشهادة هؤلاء جاز؛ ولأن الأعمى من أهل الشهادة، إلا أنه إنَّما لا تُقبل شهادته؛ لأنه لا يُميِّز المشهود له من المشهود عليه؛ ولهذا ينعقد النكاح بحضرتهما، كذا في «شرح الطحاوي»، و«الجامع الصغير» لقاضي خان.

قوله: وَالمَرْأَةُ مِمَّنْ يُحَدُّ قَاذِفُهَا، حتى أن المرأة إذا كانت ممن لا يحد قاذفها، بأن تزوجت بنكاح فاسد ودخل بها، أو كان لها ولد وليس له أبٌ معروف لا يجري اللعان، وإن كانا من أهل الشهادة.

فإن قلتَ: ما فائدة تخصيص المرأة بكونها ممن تُحدّ قاذفها، وهذا الشرط كما هو شرطٌ في جانب المرأة، فكذلك هو شرط أيضًا في جانب الرجل، حتى أن الرجل إذا كان من لا يُحدّ قاذفه لا يجري اللعانُ أيضًا وإن كانت هي ممن تُحدّ قاذفها؟

قلتُ: إنَّما اشترط كونُها ممن تُحدّ قاذفها؛ لأن اللعان قائم في حقه مقام حد القذف، فلا بدَّ من إحصانها حتى يقع موجبًا ما هو قائم مقام حدّ القذف، وعند عدم إحصانها لا يقع قذفه إيَّاها موجبًا شيئًا لا حدَّ القذف ولا اللعان.

وأمَّا قذف الرجل عند عدم إحصان الرجل فموجبٌ ما هو الأصلُ فيه، وهو حد القذف، فلم يخل قذفه عند عدم إحصانه عن موجبه، فلذلك لم يشترط كون الرجل ممَّن يحد قاذفه؛ لأن قذفه حينئذٍ لا يخلو عن موجب مَّا؛ لأنه إن لم يكن موجبًا للعان لكن هو موجب لما هو الأصل للعان وهو حد القذف، فاللعان خلف عنه بطريق الانتقال في حق الزوجين فكان هو في معنى اللعان، بخلاف جانب المرأة فإنه حينئذٍ يمتنع القذف عن إيجاب شيء أصلًا.

اللِّعَانُ) وَالأَصْلُ أَنَّ اللِّعَانَ عِنْدَنَا شَهَادَاتٌ مُؤَكَّدَاتٌ بِالأَيْمَانِ مَقْرُونَةٌ بِاللَّعْنِ قَائِمَةٌ مَقَامَ حَدِّ القَذْفِ فِي حَقِّهِ وَمَقَامَ حَدِّ الزِّنَا فِي حَقِّهَا لِقَوْلِهِ تَعَالَى:

قوله: وَالأَصْلُ أَنَّ اللِّعَانَ عِنْدَنَا شَهَادَاتٌ مُؤَكَّدَاتٌ بِالأَيْمَانِ، إلى آخره، وإنَّما قيد **بقوله:** عِنْدَنَا؛ لأن عند الشافعي رحمه الله تفسير اللعان على عكس ما قلنا، فإن عنده اللعان أيمان مؤكَّدات بالشهادات، فمن كان أهلًا لليمين يكون أهلًا للعان عنده، وعندنا من كان أهلًا للشهادة كان أهلًا للعان، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

وفي «الإيضاح»: والركن في باب اللعان عندنا شهادات مؤكَّدات بالأيمان مقرونة باللعن، قائمة مقام حدِّ القذف في حق الرجل، وفي حقها قائمة مقام حد الزنا، وقال الشافعي رحمه الله: الركن أيمان مؤكدات بالشهادات مقرونة باللعن، شرعت حجة في جانب الزوج لإثبات الزنا عليها، وفي جانب المرأة حجة دافعة لما أثبته الزوج بأيمانه.

قوله: قَائِمَةٌ مَقَامَ حَدِّ القَذْفِ فِي حَقِّهِ وَمَقَامَ حَدِّ الزِّنَا فِي حَقِّهَا، فإن قلتَ: ما معنى إقامة الشهادة مقام الحدود في الطرفين، وما المناسبة بين الحد والشهادة؟

قلتُ: لأن الحد سبب الهلاك والاستشهاد بالله كاذبـًا مع اللعن على نفسه سبب الهلاك أيضـًا، وكذلك في حق المرأة بمنزلة حد الزنا في زعم الرجل؛ لأنه مهلك في حقها؛ لأنها كاذبة في زعم الرجل في شهادتها، إلى هذا أشار فخر الإسلام في «مبسوطه».

وقوله: وَمَقَامَ حَدِّ الزِّنَا فِي حَقِّهَا، حتى لو قذف امرأته مرارًا فعليه لعانٌ واحدٌ كالحد في حق الأجنبيات.

فإن قلتَ: يشكل على هذا ما لو قذف أربع نسوة له في كلمة واحدة، أو في كلام متفرق فعليه أن يلاعن كل واحدة منهن على حدة، وأمَّا لو قذف أجنبيات فإنه يقام عليه حد القذف لهنَّ مرةً واحدةً، فلو كان اللعان قائمًا مقام حدِّ القذف في حقه لجرى ذلك مثل جريانه من الاتحاد والتعدد.

قلتُ: إنما كان هكذا؛ لأن المقصود هناك يحصل بإقامة حدٍّ واحد، وهو دفع عار الزنا

﴿وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ﴾ [النور: ٦] وَالِاسْتِثْنَاءُ إِنَّمَا يَكُونُ مِنَ الجِنْسِ، وَقَالَ اللهُ تَعَالَى ﴿فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللهِ﴾ [النور: ٦] نَصٌّ عَلَى الشَّهَادَةِ وَاليَمِينِ فَقُلْنَا الرُّكْنُ هُوَ الشَّهَادَةُ المُؤَكَّدَةُ بِاليَمِينِ،

عنهنَّ، وهاهُنا لا يحصل المقصود بلعان واحد؛ لأنه يتعذر الجمع بينهنَّ في كلمات اللعان، فقد يكون صادقًا في حق بعضهن دون البعض، والمقصود التفريق بينه وبينهن ولا يحصل ذلك بلعانٍ بعضهن، فلهذا يلاعن كل واحدة منهن على حدة، حتى لو كان محدودًا في قذف كان عليه حد واحد لهنَّ؛ لأن موجب قذفه لهن الحدَّ هاهُنا، والمقصود يحصل بحد واحد كما في الأجنبيات، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ، وجه التمسك به أن الله تعالى استثنى الأزواج من الشهداء، وهو دليل كونه شهادة، توضيحه: أن اللعان يختص بلفظة الشهادة، ولو كان يمينًا لكان لا يختص بها اعتبارًا بعامة الأيمان؛ ولأن الزوج هو البادي باللعان والزوج مدع، وإنما يبدأ المدعي بالشهادة لا باليمين.

فإن قلتَ: فيه دلائل تدل على أنها يمين:

أحدها: أن الشهادة لم تشرع حجة للشاهد، وكل واحدٍ منهما يشهد لنفسه، واليمين شرعت حجة للحالف؛ ولأن الشهادة وضعت للإثبات، واليمين وضعت للنفي، والجمع بين النفي والإثبات متعذر، فلا بدَّ من العمل بأحدهما حقيقةً وبالآخر مجازًا، والعمل بحقيقة اليمين أولى؛ لأن لفظ الشهادة يحتمل مع اليمين بخلاف العكس؛ ولأن هذه الكلمات شُرعت مكررةً، والتكرار مشروع في الأيمان كما في القسامة دون الشهادة.

قلتُ: أمَّا الأوَّل فإن شهادة الإنسان لنفسه إنما لم تُشرع حجةً لمكان التهمة، لا لأنه لا يصلح شهادةً، ألا ترى أن الله تعالى شهد لذاته بالوحدانية، وكان من أصدق الشهادات لانتفاء الرِّيبة والتُّهمة، والتهمةُ فيما نحن فيه منفية باليمين.

وأمَّا الثانِي: فإن الجمعَ بين النفي والإثبات إنما يمتنع إذا كان بنسبة شيءٍ واحدٍ، فأمَّا

ثُمَّ قَرَنَ الرُّكْنَ فِي جَانِبِهِ بِاللَّعْنِ لَوْ كَانَ كَاذِبًا وَهُوَ قَائِمٌ مَقَامَ حَدِّ الْقَذْفِ وَفِي جَانِبِهَا بِالغَضَبِ وَهُوَ قَائِمٌ مَقَامَ حَدِّ الزِّنَا، إِذَا ثَبَتَ هَذَا نَقُولُ لا بُدَّ أَنْ يَكُونَا مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ لِأَنَّ الرُّكْنَ فِيهِ الشَّهَادَةُ وَلا بُدَّ أَنْ تَكُونَ هِيَ مِمَّنْ يُحَدُّ قَاذِفُهَا لِأَنَّهُ قَائِمٌ فِي حَقِّهِ مَقَامَ حَدِّ القَذْفِ فَلا بُدَّ مِنْ إِحْصَانِهَا، وَيَجِبُ بِنَفْيِ الوَلَدِ لِأَنَّهُ لَمَّا نَفَى وَلَدَهَا صَارَ قَاذِفًا لَهَا ظَاهِرًا وَلا يُعْتَبَرُ احْتِمَالُ أَنْ يَكُونَ الوَلَدُ مِنْ غَيْرِهِ بِالوَطْءِ مِنْ شُبْهَةٍ،

بالنسبة إلى شيئين فلا، وهاهُنا الشهادة قامت لإثبات الزنا واليمين لنفي التهمة فلا امتناع.

وأمَّا الثالث: فإن تكرّر الشهادة هنا لقيام الشهادات مقام أربعة شهود، فإن الواجب عليه إقامةُ أربع شهادات من شهود أربعة، وقد عجز عن إقامة شهودٍ أربعة، ولم يعجز عن إقامة أربع شهادات، فما عجزَ عنه سقطَ وما قدر عليه لزمه، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: ثُمَّ قَرَنَ الرُّكْنَ فِي جَانِبِهِ بِاللَّعْنِ، إلى أن قال: وَفِي جَانِبِهَا بِالغَضَبِ، إنما خص الغضب في جانبها في المرة الخامسة؛ لأنهنَّ يستعملن اللعن كثيرًا على ما ورد به الحديث: «إنكن تكثرن اللعن وتكفرن العشير»، وسقطت حرمة اللعن عن أعيُنهن، فعساهن يجبرن على الإقدام لكثرة جَرْيِ اللعن على ألسنتهنَّ وسقوط وقعه عن قلوبهنَّ، وأقام الغضبَ مقام اللعن في حقهن ليكون رادعًا لهنَّ عن الإقدام.

قوله: كَمَا إِذَا نَفَى، يتصل **بقوله:** صَارَ قَاذِفًا لَهَا، أي: كما يجعل نفي النسب عن أبيه المعروف قذفًا من الأجنبي، فكذلك يجعل نفي الزوج النسب عن نفسه فيما ولدته امرأته قذفًا للمرأة من الزوج.

قوله: وَلا يُعْتَبَرُ احْتِمَالُ أَنْ يَكُونَ الوَلَدُ مِنْ غَيْرِهِ بِالوَطْءِ مِنْ شُبْهَةٍ، أي: لا يعتبر تأويل قوله ذلك على أنه إنما نفى نسب ذلك المولود عن نفسه باعتبار أنه موجود عن الوطء بشبهةٍ حتى لا يكون قذفًا، أي: لا يعتبر هذا التأويل في أن لا يكون هذا النفي قذفاً بل نفيه هذا قذف، ولا يعتبر هذا التأويل.

كَمَا إِذَا نَفَى أَجْنَبِيٌّ نَسَبَهُ عَنْ أَبِيهِ المَعْرُوفِ، وَهَذَا لِأَنَّ الأَصْلَ فِي النَّسَبِ الفِرَاشُ الصَّحِيحُ وَالفَاسِدُ مُلْحَقٌ بِهِ، فَنَفْيُهُ عَنِ الفِرَاشِ الصَّحِيحِ قَذْفٌ حَتَّى يَظْهَرَ المُلْحَقُ بِهِ وَيُشْتَرَطُ طَلَبُهَا لِأَنَّهُ حَقُّهَا فَلَا بُدَّ مِنْ طَلَبِهَا كَسَائِرِ الحُقُوقِ.

ثم ابتدأ ببيان دليل أن لا يعتبر ذلك التأويل بل هو قذف **بقوله**: وَهَذَا لِأَنَّ الأَصْلَ فِي النَّسَبِ الفِرَاشُ الصَّحِيحُ، إلى آخره، وذكر هذا التعليل في «المبسوط» على وجه السؤال والجواب فقال: وإذا نفاه قبل الإقرار لاعنها؛ لأنه بعدما ثبتت ولادتها يكون هو بنفي الولد قاذفًا لها بالزنا.

فإن قيل: لا كذلك، فقد يكون ولدها من وطءٍ بشبهةٍ.

قلنا: الولد من وطءٍ بشبهةٍ يكون ثابت النسب من إنسان، والذي لا يكون ثابت النسب من أحد يكون من زنىً، ولا نسب لهذا الولد إلا منه، فإذا نفاه فقد زعمَ أنه لا نسب لولدها هذا، فيكون قاذفًا لها بالزنا.

قوله: وَالفَاسِدُ مُلْحَقٌ بِهِ، فلمَّا ألحق الفاسد بالصحيح، كان من نفي الفراش الصحيح نفي الفراش الفاسد، فيجب الحد.

قوله: فَنَفْيُهُ عَنِ الفِرَاشِ الصَّحِيحِ قَذْفٌ حَتَّى يَظْهَرَ المُلْحَقُ بِهِ، أي: قبل ظهور الملحق به يحد القاذف إلحاقًا للصحيح؛ وأمَّا إذا ظهر الملحق به حينئذٍ لا يحد.

وذكر في «مبسوط شيخ الإسلام» رحمه الله: وقال الشافعي رحمه الله: لا يصير قاذفًا لها بنفي الولد ما لم يقل، وإنه من الزنا لجواز أن يكون من الوطء بشبهة، وأجمعوا أنه لو قال لأجنبية: ليس هذا الذي ولدته من زوجك، لا يصير قاذفًا ما لم يقل: وإنه من الزنا، والقياس ما قاله إلا أنَّا تركناه لضرورةٍ في اللعان؛ لأن الزوج قد يعلم أن الولد ليس منه بأن لم يطأها أو عزلها عزلًا بينًا، ولكن لا يعلم أنه بزنا أو بوطء عن شبهة فاكتفى بنفي الولد حتى ينتفي عنه نسب الولد، وهذه الضرورة معدومةٌ في حق الأجنبي.

قوله: وَيُشْتَرَطُ طَلَبُهَا لِأَنَّهُ حَقُّهَا؛ لأن باللعان يدفع عار الزنا عن نفسها.

(فَإِنِ امْتَنَعَ مِنْهُ حَبَسَهُ الحَاكِمُ حَتَّى يُلَاعِنَ أَوْ يُكَذِّبَ نَفْسَهُ) لِأَنَّهُ حَقٌّ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ وَهُوَ قَادِرٌ عَلَى إِيفَائِهِ فَيُحْبَسُ بِهِ حَتَّى يَأْتِيَ بِمَا هُوَ عَلَيْهِ أَوْ يُكَذِّبَ نَفْسَهُ لِيَرْتَفِعَ السَّبَبُ (وَلَوْ لَاعَنَ وَجَبَ عَلَيْهَا اللِّعَانُ)؛

قوله: فَإِنِ امْتَنَعَ مِنْهُ - أي: امتنع الزوج من اللعان - حَبَسَهُ الحَاكِمُ حَتَّى يُلَاعِنَ أَوْ يُكَذِّبَ نَفْسَهُ، وهذا عندنا، وقال الشافعي رحمه الله: يقام عليه حد القذف بناءً على أن موجب القذف الحد وإن كان بين الزوجين، ولكن الزوج يتمكّن من إسقاط ذلك الحد عن نفسه باللعان، وعندنا يحبس حتى يلتعن.

قوله: لِأَنَّهُ حَقٌّ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ - أي: لأن اللعان حق واجب على الزوج - وَهُوَ قَادِرٌ عَلَى إِيفَائِهِ، هذا احتراز عن المديون المفلس فإن الدين عليه حق مستحق عليه، ولكنه غير قادر على إيفائه فلذلك لا يحبس.

قوله: فَيُحْبَسُ بِهِ - أي: بسببه - حَتَّى يَأْتِيَ بِمَا هُوَ عَلَيْهِ، (تا آن غايتى كه بيارد آن چه را كه واجب است بَرْ وَىْ)، كما في الديون.

قوله: أَوْ يُكَذِّبَ نَفْسَهُ، فإذا كذب نفسه فحينئذٍ يجب عليه حد القذف.

قوله: لِيَرْتَفِعَ السَّبَبُ، أي: سبب اللعان وهو التكاذب؛ لأن اللعان إنما يجب إذا كذب كل واحد منهما فيما يدعيه الآخر بعد قذف الزوج امرأته بالزنا.

وأمَّا إذا أكذب نفسه لم يبق التكاذب بل وافق المرأة في أنها لم تزن، ولا يجري اللعان بعد ذلك.

وفي نسخة: ليرتفع الشين، وفي نسخة: ليرتفع السبُّ، وإنما احتاجوا إلى هذا التغيير على زعم أن سبب اللعان لا يرتفع بالإكذاب بل يتقرر، ألا ترى أنه يجب عليه الحد بالإكذاب، وهو الأصل في القذف، فقالوا كأنه أراد بالسبب الشرط؛ لأن التكاذب شرط اللعان.

ولكن الوجه ما قلنا؛ لما أن اللعان ظاهرًا إنَّما يضاف إلى قذف الزوج امرأته بالزنا،

لِمَا تَلَوْنَا مِنَ النَّصِّ إلَّا أَنَّهُ يُبْتَدَأُ بِالزَّوْجِ لِأَنَّهُ هُوَ الْمُدَّعِي (فَإِنِ امْتَنَعَتْ حَبَسَهَا الحَاكِمُ حَتَّى تُلَاعِنَ أَوْ تُصَدِّقَهُ) لِأَنَّهُ حَقٌّ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهَا وَهِيَ قَادِرَةٌ عَلَى إيفَائِهِ فَتُحْبَسُ فِيهِ. (وَإِذَا كَانَ الزَّوْجُ عَبْدًا أَوْ كَافِرًا أَوْ مَحْدُودًا فِي قَذْفٍ فَقَذَفَ امْرَأَتَهُ فَعَلَيْهِ الحَدُّ) لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ اللِّعَانُ لِمَعْنًى مِنْ جِهَتِهِ فَيُصَارُ إلَى المُوجِبِ الأَصْلِيِّ وَهُوَ الثَّابِتُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ﴾ [النور: ٤] الآيَةَ، وَاللِّعَانُ خَلَفٌ عَنْهُ (وَإِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ وَهِيَ أَمَةٌ أَوْ كَافِرَةٌ أَوْ مَحْدُودَةٌ فِي قَذْفٍ أَوْ كَانَتْ مِمَّنْ لَا يُحَدُّ قَاذِفُهَا) بِأَنْ كَانَتْ صَبِيَّةً أَوْ مَجْنُونَةً أَوْ زَانِيَةً (فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ وَلَا لِعَانَ) لِانْعِدَامِ أَهْلِيَّةِ الشَّهَادَةِ وَعَدَمِ الإِحْصَانِ فِي جَانِبِهَا وَامْتِنَاعِ اللِّعَانِ لِمَعْنًى مِنْ جِهَتِهَا فَيَسْقُطُ الحَدُّ كَمَا إذَا صَدَّقَتْهُ، وَالأَصْلُ فِي ذَلِكَ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «أَرْبَعَةٌ لا لِعَانَ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ أَزْوَاجِهِمْ: اليَهُودِيَّةُ وَالنَّصْرَانِيَّة تَحْتَ المُسْلِمِ، وَالمَمْلُوكَةُ تَحْتَ الحُرِّ، وَالحُرَّةُ تَحْتَ المَمْلُوكِ».

فكان سبب اللعان هو القذف؛ فإذا أكذب نفسه لم يبق ما قذفه موجبًا للعان، فيصح أن يقال: لِيَرْتَفِعَ السَّبَبُ.

قوله: لِمَا تَلَوْنَا مِنَ النَّصِّ، وهو قوله تعالى: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍ﴾ [النور: ٦].

قوله: وَإِذَا كَانَ الزَّوْجُ عَبْدًا أَوْ كَافِرًا، فصورته ما إذا كان الزوج كافرًا وامرأته مسلمةً، مع أن بينهما على هذا الوجه لا يصح النكاح، هي ما إذا كان الزوجان كافرين، فأسلمت امرأته فقذفها زوجها قبل أن يعرض عليه الإسلام، فهو ليس من أهل الشهادة عليها، وكذلك العبد إذا كانت تحته حرة فلا يكون قذفه إيَّاها موجبًا للعان، ولكن يكون موجبًا حد القذف؛ لأن القذف بالزنا لا ينفك عن موجب، فإذا خرج من أن يكون موجبًا للعان لمعنى في القاذف كان موجبًا للحد، كذا في «المبسوط».

وَلَوْ كَانَا مَحْدُودَيْنِ فِي قَذْفٍ فَعَلَيْهِ الحَدُّ لِأَنَّ امْتِنَاعَ اللِّعَانِ بِمَعْنًى مِنْ جِهَتِهِ إِذْ هُوَ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ.

(وَصِفَةُ اللِّعَانِ أَنْ يَبْتَدِئَ القَاضِي بِالزَّوْجِ فَيَشْهَدُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ يَقُولُ فِي كُلِّ مَرَّةٍ أَشْهَدُ بِاللهِ إِنِّي لَمِنَ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَيْتُهَا بِهِ مِنَ الزِّنَا، وَيَقُولُ فِي الخَامِسَةِ لَعْنَةُ اللهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَاهَا بِهِ مِنَ الزِّنَا، يُشِيرُ إِلَيْهَا فِي جَمِيعِ ذَلِكَ ثُمَّ تَشْهَدُ

قوله: وَلَوْ كَانَا مَحْدُودَيْنِ فِي قَذْفٍ فَعَلَيْهِ الحَدُّ؛ لِأَنَّ امْتِنَاعَ اللِّعَانِ بِمَعْنًى مِنْ جِهَتِهِ، فإن قلتَ: كما أن امتناع اللعان بمعنى من جهته، فكذلك بمعنى من جهتها أيضـًا؛ لأن المانع من اللعان هو كونه محدودًا في القذف، وهو وصف مشترك بينهما، فلم تعرض في هذا الوصف جانب الرجل دون المرأة؟

قلتُ: إنَّما لم يقل بأن امتناع جريان اللعان هاهُنا لكونها محدودة؛ لأن أصل القذف يكون من الرجل، وإنما يظهر حكم المانع في جانبها بعد قيام الأهلية في جانب الرجل، فأمَّا بدون الأهلية في جانبه فلا معتبر بحالها، كذا في «المبسوط».

وحاصله أن المانع من جانبها إنما يكون مانعًا أن لو كان الزوج أهلًا لموجب القذف، وهو الحد أو اللعان؛ لأن عند وجود المانع من جانبها لم تكن هي محصنة، فلا يكون قذفها موجبًا للحد واللعان، وأمَّا إذا كان امتناع اللعان من جانبه أيضًا لم يظهر مانعية ما كان مانعًا من جانب المرأة، والقذف في أصله موجب للحد فيجب الحد.

فإن قلتَ: يشكل على هذا ما لو قذف العبد امرأته وهي مملوكة أو مكاتبة فلا حدَّ عليه ولا لعان، وهذه المسألة عين نظير ما إذا كان الزوجان محدودين في قذف؛ لأن المانع للعان كما هو من جانبه فكذلك من جانبها، ثم وجب حدُّ القذف في المحدودين، ولم يجب على العبد إذا قذف امرأته وهي أمةٌ.

قلتُ: فإذا كان كذلك يعتبر الزوجان بالأجنبيّين، فأيْنَما كان في الأجنبي حدّ القذف

الْمَرْأَةُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ تَقُولُ فِي كُلِّ مَرَّةٍ أَشْهَدُ بِاللهِ إِنَّهُ لَمِنَ الكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَانِي بِهِ مِنَ الزِّنَا، وَتَقُولُ فِي الخَامِسَةِ غَضَبَ اللهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَانِي بِهِ مِنَ الزِّنَا) وَالأَصْلُ فِيهِ مَا تَلَوْنَاهُ مِنَ النَّصِّ، وَرَوَى الحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَأْتِي بِلَفْظَةِ الْمُوَاجَهَةِ يَقُولُ فِيمَا رَمَيْتُكِ بِهِ مِنَ الزِّنَا لِأَنَّهُ أَقْطَعُ لِلِاحْتِمَالِ، وَجْهُ مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ أَنَّ لَفْظَةَ الْمُغَايَبَةِ إِذَا انْضَمَّتْ إِلَيْهَا الإِشَارَةُ انْقَطَعَ الِاحْتِمَالُ.

قَالَ: (وَإِذَا التَعَنَا لا تَقَعُ الفُرْقَةُ حَتَّى يُفَرِّقَ الحَاكِمُ بَيْنَهُمَا) وَقَالَ زُفَرُ: تَقَعُ بِتَلَاعُنِهِمَا

وهنا أيضًا حد القذف لامتناع اللعان؛ لعدم أهليَّة الشهادة، وأينما كان في الأجنبيّ لا يجب الحد، وهنا أيضًا لا يجب.

ثم إن الأجنبي لو قذف أمة غيره لم يجب حد القذف، فكذلك هاهُنا لا يجب الحد على الزوج ولكن يعزر أسواطًا كما في الأجنبي، والمحدود في القذف إذا قذف محدودًا في القذف ولكن هو محصن إحصان القذف يجب حد القذف، فكذلك هاهُنا.

قوله: وَرَوَى الحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ يَأْتِي بِلَفْظَةِ الْمُوَاجَهَةِ، فلا بُدَّ من أن يقول: إنِّي لمن الصادقين فِيمَا رَمَيْتُكِ بِهِ مِنَ الزِّنَا، وهي تقول: أنت من الكاذبين فيما رميتني به من الزنا.

قوله: وَإِذَا التَعَنَا لا تَقَعُ الفُرْقَةُ، بينهما حتى لو مات أحدهما بعد الفراغ من اللعان وقبل التفريق توارثا؛ لأن الفرقة عندنا لا تقع إلا بقضاء القاضي، وقال زفر رحمه الله: تقع بتلاعنهما، وقال الشافعي رحمه الله: تقع الفرقة بنفس لعان الزوج.

فالشافعي رحمه الله يقول: سبب هذه الفرقة قول من الزوج مختص بالنكاح الصحيح، فيتم به كالطلاق، وزفر رحمه الله يستدل بقوله صلى الله عليه وسلَّم: «الْمُتَلَاعِنَانِ لا يَجْتَمِعَانِ أَبَدًا»، فنفي الاجتماع بعد التلاعن تنصيص على وقوع الفرقة بينهما.

ولكنَّا نستدل بحديث العجلانِي رضي الله عنه، فإنه أوقع الثلاث عليها بعد التلاعن،

لِأَنَّهُ تَثْبُتُ الحُرْمَةُ المُؤَبَّدَةُ بِالحَدِيثِ، وَلَنَا أَنَّ ثُبُوتَ الحُرْمَةِ يُفَوِّتُ الإِمْسَاكَ بِالمَعْرُوفِ فَيَلْزَمُهُ التَّسْرِيحُ بِالإِحْسَانِ، فَإِذَا امْتَنَعَ نَابَ القَاضِي مَنَابَهُ دَفْعًا لِلظُّلْمِ، دَلَّ عَلَيْهِ قَوْلُ ذَلِكَ المُلَاعِنِ عِنْدَ النَّبِيِّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: كَذَبْتُ عَلَيْهَا يَا رَسُولَ اللهِ، فَقَالَ لَهُ: أَمْسِكْهَا، فَقَالَ: إِنْ أَمْسَكْتُهَا فَهِيَ طَالِقٌ ثَلَاثًا، قَالَهُ بَعْدَ اللِّعَانِ. (وَتَكُونُ الفُرْقَةُ تَطْلِيقَةً بَائِنَةً عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ) رَحِمَهُمَا اللهُ لِأَنَّ فِعْلَ القَاضِي انْتَسَبَ إِلَيْهِ كَمَا فِي العِنِّينِ (وَهُوَ خَاطِبٌ إِذَا أَكْذَبَ نَفْسَهُ) عِنْدَهُمَا، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: هُوَ تَحْرِيمٌ مُؤَبَّدٌ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «المُتَلَاعِنَانِ لَا يَجْتَمِعَانِ أَبَدًا» نَصَّ عَلَى التَّأْبِيدِ، وَلَهُمَا أَنَّ الإِكْذَابَ رُجُوعٌ وَالشَّهَادَةُ بَعْدَ الرُّجُوعِ لَا حُكْمَ

ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلَّم، ولو وقعت الفرقة بينهما لأنكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلَّم.

فإن قيل: قد أنكر عليه بقوله: اذهب فلا سبيل لك عليها.

قلنا: ذلك منصرف إلى طلبه رد المهر، فإنه روي أنه قال: إن كنتَ صادقًا فهو لها بما استحللت من فرجها، وإن كنت كاذبًا فابعد اذهب فلا سبيل لك عليها؛ وهذا لأن مجرد اللعان غير موضوع للفرقة، ولا هو مناف للنكاح، إلا أن الفرقة بينهما لقطع المنازعة، بخلاف الطلاق.

وأمّا قوله صلى الله عليه وسلَّم: «المُتَلَاعِنَانِ لَا يَجْتَمِعَانِ أَبَدًا»، فحقيقة هذا اللفظ حال تشاغلهما باللعان كالمتقاتلين والمتضارين، وزفر رحمه الله يوافقنا أن في حال تشاغلهما باللعان لا تقع الفرقة بينهما، كذا في «المبسوط».

قوله: وَهُوَ خَاطِبٌ، هذه مسألة مبتدأة، أي: هذا الرجل بعد إكذاب نفسه في القذف صار خاطبًا من الخطاب، أي يجوز له أن يتزوجها، كما لغيره يجوز أن يتزوجها، فعليه الحد

لَهَا، لا يَجْتَمِعَانِ مَا دَامَا مُتَلاعِنَيْنِ، وَلَمْ يَبْقَ التَّلاعُنُ وَلا حُكْمُهُ بَعْدَ الإِكْذَابِ فَيَجْتَمِعَانِ. (وَلَوْ كَانَ القَذْفُ بِوَلَدٍ نَفَى القَاضِي نَسَبَهُ

بإكذابه نفسه على ما يجيء.

قوله: وَلَمْ يَبْقَ التَّلاعُنُ وَلا حُكْمُهُ بَعْدَ الإِكْذَابِ فَيَجْتَمِعَانِ؛ لأنه إذا أكذب نفسه يقام عليه الحد لإقراره على نفسه بالتزام الحد، ومن ضرورة إقامة الحد عليه بطلان الحد عليه، ولا يبقى أهلًا للعان بعد إقامة الحد.

وذكر في «الإيضاح»: **وقوله:** «المُتَلَاعِنَانِ لا يَجْتَمِعَانِ» فمعناه ما داما متلاعنين، كقوله: لا يكلم هذا الكافر أبدًا، أي: ما دام كافرًا، وإنما يكونان متلاعنين حقيقة بإقدامهما على اللعان، أو مجازًا باعتبار بقاء حكم اللعان، فإذا ارتفع حكم اللعان لم يتناوله الخبر.

وكذلك إذا أكذبت المرأة نفسها بأن أقرت بالزنا فقد خرجت من أن تكون أهلًا للعان، فكذلك لو قذفت رجلًا فأقيم عليها الحد فعرفنا أن حل المناكحة بينهما بعدما بطل حكم اللعان، فلا يكون في هذا إثبات الاجتماع بين المتلاعنين.

وإذا أنكر الزوج القذف، فأقامت المرأة البينة عليه وجب اللعان بينهما؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت بإقرار الخصم، ثم قال ابن أبي ليلى: إنكاره بمنزلة إكذاب نفسه فيحد أيضًا، ولكنا نقول: إنكاره نفي للقذف، وإكذابه نفسه تقدير للقذف، فكيف يستقيم إقامة إنكاره مقام إكذابه نفسه ولهذا لا يحد.

قوله: وَلَوْ كَانَ القَذْفُ بِوَلَدٍ نَفَى، إلى آخره، ولو نفى ولد زوجةٍ محدودةٍ، أو كتابيةٍ، أو مملوكةٍ، والزوج حرٌّ أو عبدٌ كان نفيه باطلًا، فيلزم الولد إيَّاه؛ لأن النسب قد ثبت بالفراش فلا ينقطع إلا باللعان، وقد تعذر إثبات اللعان بينهما بانعدام أهلية الشهادة فيهما أو في أحدهما فيبقى النسب ثابتًا منه.

ولا حد على الزوج ولا لعان، هذا الجواب بإطلاقه محمول على ما إذا كان الزوج حرًّا مسلمًا، حتى يمتنع جريان اللعان بينهما من قبلها، وأمَّا إذا كان الزوج عبدًا والمرأة محدودةً

وَأَلْحَقَهُ بِأُمِّهِ) وَصُورَةُ اللِّعَانِ أَنْ يَأْمُرَ الحَاكِمُ الرَّجُلَ فَيَقُولُ: أَشْهَدُ بِاللهِ إِنِّي لَمِنَ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَيْتُكِ بِهِ مِنْ نَفْيِ الوَلَدِ، وَكَذَا فِي جَانِبِ المَرْأَةِ (وَلَوْ قَذَفَهَا بِالزِّنَا وَنَفَى الوَلَدَ ذَكَرَ فِي اللِّعَانِ الأَمْرَيْنِ ثُمَّ يَنْفِي القَاضِي نَسَبَ الوَلَدِ وَيُلْحِقُهُ بِأُمِّهِ) لِمَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - نَفَى وَلَدَ امْرَأَةِ هِلَالِ بْنِ أُمَيَّةَ عَنْ هِلَالٍ وَأَلْحَقَهُ بِهَا» وَلِأَنَّ المَقْصُودَ مِنْ هَذَا اللِّعَانِ نَفْيُ الوَلَدِ فَيُوَفَّرُ عَلَيْهِ مَقْصُودَهُ، فَيَتَضَمَّنُهُ القَضَاءُ بِالتَّفْرِيقِ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ القَاضِي يُفَرِّقُ وَيَقُولُ: قَدْ أَلْزَمْتُهُ أُمَّهُ وَأَخْرَجْتُهُ مِنْ نَسَبِ الأَبِ لِأَنَّهُ يَنْفَكُّ عَنْهُ فَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِهِ.

فعلى العبد إذا قذف حد القذف، كذا في «المبسوط».

قوله: وَأَلْحَقَهُ بِأُمِّهِ، هذا زيادة تأكيد لقوله: نَفَى القَاضِي نَسَبَهُ.

قوله: وَصُورَةُ اللِّعَانِ، أي: صورة اللعان في نفي الولد.

قوله: فَيُوَفَّرُ عَلَيْهِ، أي: على الزوج.

قوله: فَيَتَضَمَّنُهُ القَضَاءُ بِالتَّفْرِيقِ، أي: القضاء بالتفريق يتضمن نفي الولد.

قوله: وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ القَاضِي يُفَرِّقُ وَيَقُولُ، أي: القاضي يقول: قد فرقتُ بينكما وقطعتُ نسب هذا الولد عنه، حتى لو لم يقل ذلك لا ينتفي النسب عنه، وهذا صحيحٌ؛ لأنه ليس من ضرورة التفريق باللعان نفي النسب، كما بعد موت الولد يفرق بينهما باللعان، ولا ينتفي نسبه عنه، فلا بدَّ أن يصرح القاضي بنفي النسب، رواه بشر عن أبي يوسف رحمهما الله، كذا في «المبسوط».

قوله: لِأَنَّهُ - أي: لأن نفي الولد - يَنْفَكُّ عَنْهُ، أي: عن القضاء بالتفريق؛ لأن كل واحد منهما ينفك عن الآخر وجودًا وعدمًا، ألا ترى أنه إذا نفى ولد أم الولد يثبت النفي ولا يثبت اللعان ولا التفريق، ولو قال لامرأته: يا زانية، ولها منه ولد يثبت اللعان، ولا يلزم نفي الولد.

(فَإِنْ عَادَ الزَّوْجُ وَأَكْذَبَ نَفْسَهُ حَدَّهُ القَاضِي) لِإِقْرَارِهِ بِوُجُوبِ الحَدِّ عَلَيْهِ (وَحَلَّ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا) وَهَذَا عِنْدَهُمَا لِأَنَّهُ لَمَّا حُدَّ لَمْ يَبْقَ أَهْلًا لِلِّعَانِ فَارْتَفَعَ حُكْمُهُ المَنُوطُ بِهِ وَهُوَ التَّحْرِيمُ. (وَكَذَلِكَ إِنْ قَذَفَ غَيْرَهَا فَحُدَّ بِهِ) لِمَا بَيَّنَّا (وَكَذَا إِذَا زَنَتْ فَحُدَّتْ) لِانْتِفَاءِ أَهْلِيَّةِ اللِّعَانِ مِنْ جَانِبِهَا (وَإِذَا قَذَفَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ صَغِيرَةٌ أَوْ مَجْنُونَةٌ فَلَا لِعَانَ بَيْنَهُمَا) لِأَنَّهُ لا يُحَدُّ قَاذِفُهَا لَوْ كَانَ أَجْنَبِيًّا، فَكَذَا لا يُلَاعِنُ الزَّوْجُ لِقِيَامِهِ مَقَامَهُ.

قوله: وَإِذَا عَادَ الزَّوْجُ وَأَكْذَبَ نَفْسَهُ حَدَّهُ القَاضِي، هذا إذا لم يطلقها تطليقةً بائنةً بعد القذف، فإنه إذا أكذب نفسه بعد القذف والبينونة لا يجب عليه الحد واللعان، أمَّا اللعان فإن المقصود باللعان التفريق بينهما، ولا يتأتى ذلك بعد البينونة، فلا معنى للعان بعد فوات المقصود، ولا حد عليه؛ لأن قذفه كان موجباً للعان، والقذف الواحد لا يوجب الحدين.

بخلاف ما لو أكذب نفسه بعدما لاعنها؛ لأن وجوب اللعان هناك بأصل القذف والحد بكلمات اللعان، فقد نسبها فيها إلى الزنا وانتُزِع معنى الشهادة منها[1] بإكذابه نفسه، فيكون هذا نظير شهود الزنا إذا رجعوا، وأمَّا فيما قلنا فلم توجد كلمات اللعان فلهذا لا يحد وإن أكذب نفسه.

ولو قال: أنت طالق ثلاثاً يا زانية، كان عليه الحد؛ لأنَّها بانت بالتطليقات الثلاث، وإنما قذفها بالزنا بعد البينونة فعليه الحد، ولو قال: يا زانية أنت طالق ثلاثاً لم يلزمه حد ولا لعان؛ لأنه قذفها وهي منكوحة ثم أبانها بالتطليقات، وقد بيَّنا أنه بعدما قذفها إذا أبانها لم يلزمه حد ولا لعان، كذا في «المبسوط».

قوله: وَكَذَلِكَ إِنْ قَذَفَ غَيْرَهَا فَحُدَّ بِهِ، أي: له أن يتزوجها.

قوله: لِمَا بَيَّنَّا، وهو **قوله**: لِأَنَّهُ لَمَّا حُدَّ لَمْ يَبْقَ أَهْلًا لِلِّعَانِ.

قوله: وَكَذَا إِذَا زَنَتْ فَحُدَّتْ، أي: كان له أن يتزوجها.

(١) في هامش نسخة (ف١): أي: من الملاعَنَة.

(وَكَذَا إِذَا كَانَ الزَّوْجُ صَغِيرًا أَوْ مَجْنُونًا) لِعَدَمِ أَهْلِيَّةِ الشَّهَادَةِ.

(وَقَذْفُ الأَخْرَسِ لا يَتَعَلَّقُ بِهِ اللِّعَانُ) لِأَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِالصَّرِيحِ كَحَدِّ القَذْفِ، وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ، وَهَذَا لِأَنَّهُ لا يَعْرَى عَنِ الشُّبْهَةِ وَالحُدُودُ تَنْدَرِئُ بِهَا (وَإِذَا قَالَ الزَّوْجُ لَيْسَ حَمْلُكِ مِنِّي فَلَا لِعَانَ بَيْنَهُمَا) وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَزُفَرَ لِأَنَّهُ لا يَتَيَقَّنُ بِقِيَامِ الحَمْلِ فَلَمْ يَصِرْ قَاذِفًا، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: اللِّعَانُ يَجِبُ بِنَفْيِ الحَمْلِ إِذَا جَاءَتْ بِهِ

فإن قلتَ: لمَّا جرى اللعان بينهما علم أنَّهما زوجان على صفة الإحصان، والرجل والمرأة إذا زنيا بعد إحصانهما يرجمان، فحينئذٍ كان **قوله:** *فَحُدَّتْ*، معناه رجمت، فبعد ذلك كيف تبقى محلًّا للتزوج؟

قلتُ: لا بل معنى **قوله:** *حُدَّتْ*، أي: جلدت، بدليل تصوير التزوج عليها.

وأمَّا صورته فبأن تلاعنا بعد التزوج قبل الدخول، ثم زنت بعد اللعان فكان حدها الجلد دون الرجم؛ لأنها ليست بمحصنة؛ لأن من شرائط إحصان الرجم هو الدخول بعد النكاح الصحيح، ولم يوجد.

قوله: *وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ*، فعند الشافعي يجب الحد واللعان؛ لأن إشارة الأخرس كعبارة الناطق.

ولكنا نقول: لا بدَّ من التصريح بلفظ الزنا، ليكون قذفـًا موجبـًا للحد أو اللعان، ولا يتأتى هذا التصريح بإشارة الأخرس، فإن إشارته دون عبارة الناطق بالكتابة؛ ولأنه لا بدَّ من لفظ الشهادة في اللعان حتى أن الناطق لو قال: أحلف، مكان قوله: أشهد، لا يكون صحيحًا، وبعض أصحاب الشافعي يرتكبون هذا، ولكنه مخالف للنص، فإذا ثبت أنه لا بدَّ من لفظ الشهادة، وذلك لا يتحقق بإشارة الأخرس، وكذلك إن كانت هي خرساءَ.

ولأن قذف الخرساء لا يوجب الحد على الأجنبي، لجواز أن تصدقه لو كانت تنطق، ولا تقدر على إظهار هذا التصديق بإشارتها، وإقامةُ الحد مع الشبهة لا يجوز، كذا في «المبسوط».

لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَهُوَ مَعْنَى مَا ذُكِرَ فِي الأَصْلِ، لِأَنَّا تَيَقَّنَّا بِقِيَامِ الحَمْلِ عِنْدَهُ فَيَتَحَقَّقُ القَذْفُ، قُلْنَا: إذَا لَمْ يَكُنْ قَذْفًا فِي الحَالِ يَصِيرُ كَالمُعَلَّقِ بِالشَّرْطِ فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ قَالَ: إنْ كَانَ بِك حَمْلٌ فَلَيْسَ مِنِّي، وَالقَذْفُ لا يَصِحُّ تَعْلِيقُهُ بِالشَّرْطِ (وَإِنْ قَالَ لَهَا زَنَيْتُ وَهَذَا الحَمْلُ مِنَ الزِّنَا تَلاعَنَا) لِوُجُودِ القَذْفِ حَيْثُ ذَكَرَ الزِّنَا صَرِيحًا (وَلَمْ يَنْفِ القَاضِي الحَمْلَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَنْفِيه لِأَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - نَفَى الوَلَدَ عَنْ هِلالٍ وَقَدْ قَذَفَهَا حَامِلًا.

قوله: لِأَنَّا تَيَقَّنَّا بِقِيَامِ الحَمْلِ عِنْدَهُ - أي: عند القذف، فكان هذا ونفيه بعد الولادة سواءً - فَيَتَحَقَّقُ القَذْفُ، في الصورتين.

قوله: وَالقَذْفُ لا يَصِحُّ تَعْلِيقُهُ بِالشَّرْطِ، وبه فارق الوصية والميراث حيث يقيسان عليهما.

فإنا نقول: إنَّما يصح فيهما الإضافة، فإن الوصية والميراث يمكن إثباتهما على سبيل التوقف أو الإضافة إلى ما بعد الانفصال.

بخلاف تعليق القذف؛ لأن القذف مما لا يحلف به فلا يتعلق بالشرط، والتعليق بالشرط يمنع تحقق نسبتها إلى الزنا في الحال، ومثله لا يصح في القذف؛ لأن من لا تكون زانية قبل دخول الدار لا تصير زانية بدخول الدار؛ ولأن القذف إخبار عمَّا كان قبله، والإخبار لا يخلو إمَّا إن كان عن أمر موجود أو معدوم، والزنا لو كان موجودًا منها لا يصح تعليقه بالشرط؛ لأن التعليق إنما يكون في المعدوم.

ولا يقال: أن التعليق بأمرٍ كائنٍ تنجيزٌ فيكون قاذفًا في الحال، فلِمَ لا يكون هاهُنا قاذفًا في الحال بهذا الطريق؟

قلنا: لا يمكن ذلك؛ لأن في ذلك سعيًا في إيجاب الحد مع إلغاء حقيقة الشرط، والسعي في الحدود في درئها لا في إيجابها، ولو كان معدومًا لا يصير قذفًا باعتبار وجود الشرط.

وَلَنَا أَنَّ الأَحْكَامَ لا تَتَرَتَّبُ عَلَيْهِ إِلَّا بَعْدَ الوِلادَةِ لِتَمَكُّنِ الِاحْتِمَالِ قَبْلَهُ، وَالحَدِيثُ مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ عَرَفَ قِيَامَ الحَبَلِ بِطَرِيقِ الوَحْيِ.

(وَإِذَا نَفَى الرَّجُلُ وَلَدَ امْرَأَتِهِ عَقِيبَ الوِلادَةِ أَوْ فِي الحَالَةِ الَّتِي تَقْبَلُ التَّهْنِئَةَ وَتُبْتَاعُ آلَةُ الوِلَادَةِ صَحَّ نَفْيُهُ وَلاعَنَ بِهِ وَإِنْ نَفَاهُ بَعْدَ ذَلِكَ لاعَنَ، وَيَثْبُتُ النَّسَبُ هَذَا

قوله: وَلَنَا أَنَّ الأَحْكَامَ لا تَتَرَتَّبُ عَلَيْهِ، هذا جوابٌ عن حرف الشافعي.

وذكر في «المبسوط» بنوع مخالفة لهذه الرواية، وقال: وإذا نفى الرجل حبل امرأته فقال: هو من زنا، فلا لعان بينهما، ولا حد قبل الوضع في قول علمائنا، وقال الشافعي رحمه الله: يلاعنها؛ لحديث هلال بن أمية، فإنه قذف امرأته بنفي الحمل منه، وقد لاعن رسول الله صلَّى الله عليه وسلم بينهما، ولأن الحبل يعرف وجوده بالظاهر، ويتعلق به أحكام شرعًا، نحو الرد بالعيب، والميراث، والوصية به وله، فكذلك يثبت حكم اللعان بنفيه.

وحجتنا ما قال في الكتاب: أن نفي الحبل ليس بشيءٍ؛ لأنه لا يدري لعله ريحٌ، واللعان في قذف الزوج زوجتَه بمنزلة الحد في قذف الأجنبيَّة، فلا يجوز إقامتُه مقام الشبهة، بخلاف حكم الرد بالعيب فإنه يثبت مع الشبهات، والإرث والوصية يتوقف على انفصال الولد ولا يتقرر في الحال.

فأمَّا الحديث فمن أصحابنا من يقول: إنه قذفها بالزنا نصًّا، فإنه قال: وجدتُّ شريكَ ابن سَحْمَاء على بطنها يَزنِي بها، ثم نفى الحبل بعد ذلك، وعندنا إذا قذفها بالزنا نصًّا يلاعنها، على أن النبي صلى الله عليه وسلَّم عرف من طريق الوحي أنَّها حبلى حين قال: إن جاءت به أُحَيْمر على نعت كذا فهو لهلال، وإن جاءت به أَسْود جَعْدًا جُماليًّا فهو لشريك، فجاءت به على النعت المكروه، فقال عليه الصلاة والسلام: «لولا الأيمان التي سبقت لكان لي ولها شأن»، ومثل هذا لا يُعرف إلا بطريق الوحي، ولا يتحقق مثله في زماننا.

قوله: أَوْ فِي الحَالَةِ الَّتِي تَقْبَلُ التَّهْنِئَةَ، تقبل على البناء للمفعول لا الفاعل؛ لأنه لو قبل الأبُ التهنئةَ ثم نفى لا يصح نفيه.

عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يَصِحُّ نَفْيُهُ فِي مُدَّةِ النِّفَاسِ) لِأَنَّ النَّفْيَ يَصِحُّ فِي مُدَّةٍ قَصِيرَةٍ وَلا يَصِحُّ فِي مُدَّةٍ طَوِيلَةٍ فَفَصَلْنَا بَيْنَهُمَا بِمُدَّةِ النِّفَاسِ لِأَنَّهُ أَثَرُ الوِلادَةِ، وَلَهُ أَنَّهُ لا مَعْنَى لِلتَّقْدِيرِ لِأَنَّ الزَّمَانَ لِلتَّأَمُّلِ وَأَحْوَالُ النَّاسِ فِيهِ مُخْتَلِفَةٌ فَاعْتَبَرْنَا مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ وَهُوَ قَبُولُهُ التَّهْنِئَةَ أَوْ سُكُوتُهُ عِنْدَ التَّهْنِئَةِ أَوِ ابْتِيَاعُهُ مَتَاعَ الوِلادَةِ أَوْ مُضِيُّ ذَلِكَ الوَقْتِ فَهُوَ مُمْتَنِعٌ عَنِ النَّفْيِ، وَلَوْ كَانَ غَائِبًا وَلَمْ يَعْلَمْ

قوله: يَصِحُّ نَفْيُهُ فِي مُدَّةِ النِّفَاسِ، أي: إذا كان حاضرًا.

قوله: وَلَهُ أَنَّهُ لا مَعْنَى لِلتَّقْدِيرِ، فإنه يقول: إذا لم يكن الولد منه لا يحل له أن يسكت عن نفيه بعد الولادة، فيكون سكوته عن النفي دليل القبول، ولذلك نهنا بالولد عند الولادة، فقبوله التهنئة إقرار منه أن الولد منه، وكذلك يشتري ما يحتاج إليه لإصلاح الولد عادةً، وبعد وجود دليل القبول ليس له أن ينفيه، فكان القياس أن لا يصح نعته إلا على فور الولادة، وبه أخذ الشافعي رحمه الله، ولكن استحسن أبو حنيفة رحمه الله فقال: له أن ينفيه بعد ذلك بيوم أو يومين.

وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله سبعة أيام؛ لأن في هذا المدة يستعد للعقيقة، وإنما تكون العقيقة بعد سبعة أيام، ولكن هذا ضعيف؛ فإن نَصْب المقدار بالرأي لا يكون، ولو كان الزوجُ غائباً حين ولدت فحضر بعد مُدَّة يُجعل في حقه في حكم النفي كأنَّها ولدته الآن، إلا أنه رُوي عن أبي يوسف قال: إن حضر قبل الفصال فله أن ينفيه إلى أربعين ليلة، ولو حضر بعد الفصال فليس له أن ينفيه؛ لأنه يقضي بنفقته عليه في ماله الذي خلفه، ولو كان له أن ينفيه بعد الفصال لكان له أن ينفيه بعد ما صار شيخاً، وهذا قبيح، وهذا كله إذا لم يقبل التهنئة، فأمَّا إذا هنئ فسكت فليس له أن ينفيه بعد ذلك، إلا أنه رُوي عن محمد أنه إذا هنئ بولد الأمة فسكت لم يكن قبولًا.

بخلاف ولد المنكوحة؛ لأن ولد الأمة غير ثابت النسب منه، فالحاجة إلى الدعوة والسكوت ليس بدعوة، وأمَّا نسب ولد المنكوحة ثابت منه، فسكوته يكون مسقطاً حقه

بِالوِلَادَةِ ثُمَّ قَدِمَ تُعْتَبَرُ المُدَّةُ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا عَلَى الأَصْلَيْنِ.

قَالَ: (وَإِذَا وَلَدَتْ وَلَدَيْنِ فِي بَطْنٍ وَاحِدٍ فَنَفَى الأَوَّلَ وَاعْتَرَفَ بِالثَّانِي يَثْبُتُ نَسَبُهُمَا) لِأَنَّهُمَا تَوْأَمَانِ خُلِقَا مِنْ مَاءٍ وَاحِدٍ (وَحُدَّ الزَّوْجُ) لِأَنَّهُ أَكْذَبَ نَفْسَهُ بِدَعْوَى الثَّانِي، وَإِنِ اعْتَرَفَ بِالأَوَّلِ وَنَفَى الثَّانِي يَثْبُتُ نَسَبُهُمَا لِمَا ذَكَرْنَا وَلَاعَنَ لِأَنَّهُ قَادِرٌ بِنَفْيِ الثَّانِي وَلَمْ يَرْجِعْ عَنْهُ، وَالإِقْرَارُ بِالعِفَّةِ سَابِقٌ عَلَى القَذْفِ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ إِنَّهَا عَفِيفَةٌ ثُمَّ قَالَ هِيَ زَانِيَةٌ، وَفِي ذَلِكَ التَّلَاعُنُ كَذَا هَذَا.

في النفي، كذا في «المبسوط».

وأمَّا الذي ذكره في الكتاب في صورة الغائب **بقوله: ثُمَّ قَدِمَ تُعْتَبَرُ المُدَّةُ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا عَلَى الأَصْلَيْنِ**، هو رواية «الإيضاح» فقال: وعلى هذا الأصل قالوا في الغائب عن امرأته: إذا ولدت ولم يعلم بالولادة حتى قدم أنه له النفي عند أبي حنيفة رحمه الله في مقدار ما يقبل فيه التهنئة، وقالا: في مقدار مدَّة النفاس بعد القدوم؛ لأن النسب لا يلزم إلا بعد العلم به، فصارت حالة القدوم كحالة الولادة.

قوله: وَالإِقْرَارُ بِالعِفَّةِ سَابِقٌ عَلَى القَذْفِ، هذا جوابُ سؤال مقدر وهو أن يقال: ينبغي أن يجب عليه الحدُّ؛ لأنه أكذب نفسه بعد القذف؛ لأن الإقرار الأول بثبوت النسب باقٍ بعد نفي الثانِي، فيعتبر قيام الإقرار بعد القذف بابتداء الإقرار، ولو وجد الإقرار بعد النفي يثبت الإكذاب ويجب الحد، فكذا هنا.

فأجاب عنه وقال: أن الإقرار سابق على القذف حقيقةً، وأمَّا من حيث الحكم فلاحِقٌ.

ثم إن كان يجب الحدّ باعتبار الحكم فلا يجب باعتبار الحقيقة، فلا يجب الحد إمَّا للشك في الوجوب الحد، وإمَّا للسعي في دَرْء الحدّ عند الشبهة، وإمَّا لترجيح جانب الحقيقة على الحكم؛ لأن الحقيقة حقيقٌ بالعمل بها، والله تعالى أعلم.

بَابُ العِنِّينِ وَغَيْرِهِ

بابُ العنين

لمَّا ذكر وجوه أحكام الأصحاء المتعلقة بالنكاح والطلاق، ذكر في هذا الباب أحكام من له نوع مرض لها تعلق بالنكاح والطلاق؛ لأن حكم من به العوارض أبدًا يعقب حكم الأصحاء.

العنين: هو الذي لا يقدر على إتيان النساء؛ من عُنَّ إذا حبس في العنة، وهي حظيرة الإبل، أو من عَنَّ إذا مرِضَ؛ لأنه يعنُّ يمينًا وشمالًا ولا يقصده، وقيل: سُمِّي العنين عنِّينًا؛ لأن ذكره يسترخي فيعنّ يمينًا وشمالًا ولا يقصد للمائيّ من المرأة.

وجمع العنِّين: عُنَنٌ، وفي «البصائر»: قُل فلانٌ عنِّينٌ بيِّنُ التعنين، ولا تقُل بيِّن العُنَّة، كذا في «المغرب» وغيره.

وذكر الإمام قاضي خان، وظهير الدين رحمهما الله: العنِّين هو الذي لا يصل إلى النساء مع قيام الآلة، فإن كان يصل إلى الثيب دون البكر، أو إلى بعض النساء دون البعض، وذلك لمرضٍ به أو لضعفٍ في خِلقته، أو لكِبَر سنِّه أو لسِحْر فهو عنِّين في حق من لا يصل إليها؛ لفوات المقصود في حق من لا يصل إليها، فقدَّرناها بالسَّنة لاشتمالها على الفصول الأربعة؛ وذلك لأن التأجيل لإبْلَاء العُذر، والحولُ حسنٌ في ذلك، قال لبيد لابنتَيْه عند وفاته:

فَقُوما فَقُولا بالذي قَـدْ عَـلِمْـتُـمَـا * وَلا تَخْمِشَا وَجْهًا وَلا تحْلِقا شَعَرْ
إلى الحَوْلِ ثمَّ اسمُ السّلاَمِ عليكُما * وَمَنْ يَبْكِ حَوْلًا كاملًا فقدِ اعتذرْ

ولأن العجز عن الوصول قد يكون لغلبة الرطوبة، فإنه يعالج ذلك في فصل الحرِّ

(وَإِذَا كَانَ الزَّوْجُ عِنِّينًا أَجَّلَهُ الحَاكِمُ سَنَةً، فَإِنْ وَصَلَ إِلَيْهَا وَإِلَّا فَرَّقَ بَيْنَهُمَا إِذَا طَلَبَتِ المَرْأَةُ ذَلِكَ) هَكَذَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ وَابْنِ مَسْعُودٍ، وَلِأَنَّ الحَقَّ ثَابِتٌ لَهَا فِي الوَطْءِ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الِامْتِنَاعُ لِعِلَّةٍ مُعْتَرِضَةٍ، وَيَحْتَمِلُ لِآفَةٍ أَصْلِيَّةٍ فَلَا بُدَّ مِنْ مُدَّةٍ مَعْرِفَةِ ذَلِكَ، وَقَدَّرْنَاهَا بِالسَّنَةِ لِاشْتِمَالِهَا عَلَى الفُصُولِ الأَرْبَعَةِ، فَإِذَا مَضَتِ المُدَّةُ وَلَمْ يَصِلْ إِلَيْهَا تَبَيَّنَ أَنَّ العَجْزَ بِآفَةٍ أَصْلِيَّةٍ فَفَاتَ الإِمْسَاكُ بِالمَعْرُوفِ وَوَجَبَ عَلَيْهِ التَّسْرِيحُ بِالإِحْسَانِ، فَإِذَا امْتَنَعَ نَابَ القَاضِي مَنَابَهُ فَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا وَلَا بُدَّ مِنْ طَلَبِهَا لِأَنَّ التَّفْرِيقَ حَقُّهَا (وَتِلْكَ الفُرْقَةُ تَطْلِيقَةٌ بَائِنَةٌ) لِأَنَّ فِعْلَ القَاضِي أُضِيفَ إِلَى الزَّوْجِ فَكَأَنَّهُ طَلَّقَهَا بِنَفْسِهِ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: هُوَ فَسْخٌ لَكِنَّ النِّكَاحَ لَا يَقْبَلُ الفَسْخَ عِنْدَنَا، وَإِنَّمَا تَقَعُ بَائِنَةً لِأَنَّ المَقْصُودَ وَهُوَ دَفْعُ الظُّلْمِ عَنْهَا لَا يَحْصُلُ إِلَّا بِهَا لِأَنَّهَا لَوْ لَمْ تَكُنْ بَائِنَةً تَعُودُ مُعَلَّقَةً بِالمُرَاجَعَةِ.

واليبوسة من السنة، وقد يكون لغلبة الحرارة فإنَّما يعالج له في فصل البرد، وقد يكون لغلبة اليبوسة وإنَّما يعالج له في فصل الرطوبة، فقدَّرنا الأجل بحول حتى يعالج نفسه، فيوافقه العلاج في فصل من فصول السنة فيبرأ، فإذا مضت السنة ولم يصل إليها عُلم أن الآفة في أصل الخلقة، ولهذا قالوا: يُقدَّر بسنةٍ شمسيَّةٍ أخذًا بالاحتياط؛ لأنه ربما يكون بموافقة العلاج في الأيام التي يقع التفاوت فيها بين السنة القمريَّة والشمسيَّة، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلَا بُدَّ مِنْ طَلَبِهَا، وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله: فإذا وجدت زوجها عنينًا ولم تخاصم زمانـًا لم يبطل حقها، وكذا لو رفعت الأمر إلى القاضي وأجله القاضي سنةً فلم يخاصم زمانـًا بعد مضي الأجل؛ لأنَّها لا تقدر على الخصومة في كل وقت؛ ولأن ذلك قد يكون للتجربة والامتحان لا للرضاء.

وإن وطئها مرَّة ثم عجز بعد ذلك لا خيارَ لها؛ لأن ما هو المقصود وهو تأكد المهر

(وَلَهَا كَمَالُ مَهْرِهَا إنْ كَانَ خَلا بِهَا) فَإِنَّ خَلْوَةَ العِنِّينِ صَحِيحَةٌ (وَيَجِبُ العِدَّةُ) لِمَا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ، هَذَا إذَا أَقَرَّ الزَّوْجُ أَنَّهُ لَمْ يَصِلْ إلَيْهَا (وَلَوِ اخْتَلَفَ الزَّوْجُ وَالمَرْأَةُ فِي الوُصُولِ إلَيْهَا فَإِنْ كَانَتْ ثَيِّبًا فَالقَوْلُ قَوْلُهُ ثُمَّ يَمِينُهُ) لِأَنَّهُ يُنْكِرُ اسْتِحْقَاقَ حَقِّ الفُرْقَةِ وَالأَصْلُ هُوَ السَّلَامَةُ فِي الجِبِلَّةِ (ثُمَّ إنْ حَلَفَ بَطَلَ حَقُّهَا، وَإِنْ نَكَلَ يُؤَجَّلُ سَنَةً، وَإِنْ كَانَتْ بِكْرًا نَظَرَ إلَيْهَا النِّسَاءُ، فَإِنْ قُلْنَ هِيَ بِكْرٌ أُجِّلَ سَنَةً) لِظُهُورِ كَذِبِهِ (وَإِنْ قُلْنَ هِيَ ثَيِّبٌ يَحْلِفُ الزَّوْجُ، فَإِنْ حَلَفَ لا حَقَّ لَهَا، وَإِنْ نَكَلَ يُؤَجَّلُ سَنَةً، وَإِنْ كَانَ مَجْبُوبًا فُرِّقَ بَيْنَهُمَا فِي الحَالِ إنْ طَلَبَتْ) لِأَنَّهُ لا فَائِدَةَ فِي التَّأْجِيلِ (وَالخَصِيُّ يُؤَجَّلُ كَمَا يُؤَجَّلُ العِنِّينُ) لِأَنَّ وَطْأَهُ مَرْجُوٌّ (وَإِذَا أُجِّلَ العِنِّينُ سَنَةً وَقَالَ قَدْ جَامَعْتُهَا وَأَنْكَرَتْ نَظَرَ إلَيْهَا النِّسَاءُ، فَإِنْ قُلْنَ: هِيَ بِكْرٌ خُيِّرَتْ) لِأَنَّ شَهَادَتَهُنَّ تَأَيَّدَتْ بِمُؤَيِّدٍ وَهِيَ

والإحصان وغير ذلك يحصل بالواحد، وما زاد على ذلك فهو مستحق ديانةً لا حكماً.

قوله: وَإِنْ قُلْنَ هِيَ ثَيِّبٌ يَحْلِفُ الزَّوْجُ، بالله لقد أصبتُها، لعل بكارتها زالت بوجهٍ آخر، فيشترط اليمين مع شهادتهنَّ ليكون حجةً.

ثم كيف يعرف أنَّها بكر أم ثيب؟ قالوا: يدفع في فرجها أصغر بيضة من بيض الدجاج، فإن دخل بلا عنف فثيبٌ وإلا فبكر، وقيل: إن أمكنها أن تبول على الجدار فبكرٌ وإلا فثيب، وقيل: تكسر البيضة فتصب في فرجها، فإن دخلت فثيب وإلا فبكر.

ولو وطئها مرَّة ثم عجز فلا خيار لها، وقد ذكرناه، وكذلك لو لم يكن له ماءٌ ويجامع فلا ينزل لا يكون لها حق الخصومة.

وهل يأثم بترك الوطء مرَّة؟ ففي «شرح بكر» رحمه الله: يأثم إذا تركها متعنتًا مع القدرة، وأمَّا المولى هل يأثم بترك وطء الأمة مع القدرة وحاجتها إلى ذلك؟ قال: ينبغي أن لا يأثم، ولو وصل العنين امرأته ثم فارقها ثم تزوجها فلم يصل إليها فلها الخصومة؛ لأن هذا

البَكَارَةُ (وَإِنْ قُلْنَ: هِيَ ثَيِّبٌ حَلَفَ الزَّوْجُ، فَإِنْ نَكَلَ خُيِّرَتْ) لِتَأَيُّدِهَا بِالنُّكُولِ (وَإِنْ حَلَفَ لا تُخَيَّرُ، وَإِنْ كَانَتْ ثَيِّبًا فِي الأَصْلِ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ) وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ (فَإِنِ اخْتَارَتْ زَوْجَهَا لَمْ يَكُنْ لَهَا بَعْدَ ذَلِكَ خِيَارٌ) لِأَنَّهَا رَضِيَتْ بِبُطْلَانِ حَقِّهَا،

النكاح غير الأول، ولو فرَّق بينهما بعدم الوصول ثم وعدها الوصول، فتزوجها فعجز فلا خيار لها؛ لأنَّها رضيت.

بخلاف ما لو تزوجت به أخرى وهي عالمة بحاله لا يكون رضاء منها، وفي الأصل يكون رضىً؛ لأنها رضيت بالمقام معه، وإن علمت بعد النكاح بحاله لا يبطل خيارها بطول مقامها معه؛ لأن الحق لا يبطل بالتأخير ما لم يقل: رضيتُ بالمقام معه.

وفي «أدب القاضي»: سأل الزوجُ القاضيَ أن يؤجله سنةً أخرى، أو شهرًا، أو أكثر فإنه لا ينبغي له أن يفعل ذلك إلا برضاء المرأة، فإن رضيت ثم رجعت فلها ذلك، ويبطل الأجل ويُخيّر، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله: وإن كان الزوج عنِّينًا، والمرأةُ رَتْقاء، لم يكن لها حق الفرقة؛ لوجود المانع من قِبَلها.

قوله: فَإِنْ كَانَتْ ثَيِّبًا فَالقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ، والقاضي لا يريها النساء؛ لأنه لا فائدة فيها، ولكن يحلف الزوج على ما ادعى من الوصول إليها.

وإن كانت بكرًا وقت النكاح أراءها النساء، فَإِنْ قُلْنَ: هِيَ بِكْرٌ، أجله القاضي سنةً ثم بعد انقضاء الأجل لو ادَّعى جماعها وأنكرت نظر إليها النساء، فالحاصل أن الإراءة للنساء مرَّتين، مرَّة قبل الأجل للتأجيل، ومرَّة بعد الأجل للتنجيز.

قوله: فَإِنْ نَكَلَ خُيِّرَتْ؛ لِتَأَيُّدِهَا بِالنُّكُولِ، أي: لتأيد دعوى المرأة بأنه لم يجامعها بنكول الزوج عن اليمين.

وذكر في «المبسوط»: فإذا خيّرها القاضي فاختارت الزوج، أو قامت من مجلسها، أو أقامها أعوانُ القاضي، أو قام القاضي قبل أن تختار شيئًا بطل خيارها؛ لأن هذا بمنزلة

وَفِي التَّأْجِيلِ تُعْتَبَرُ السَّنَةُ القَمَرِيَّةُ هُوَ الصَّحِيحُ وَيُحْتَسَبُ بِأَيَّامِ الحَيْضِ وَبِشَهْرِ رَمَضَانَ لِوُجُودِ ذَلِكَ فِي السَّنَةِ وَلَا يُحْتَسَبُ بِمَرَضِهِ وَمَرَضِهَا لِأَنَّ السَّنَةَ قَدْ تَخْلُو

تخيير الزوج امرأته، وذلك يتوقت بالمجلس فهذا مثله، والتفريقُ كان لحقِّها، فإذا رضيت بالإسقاط صريحًا أو دلالةً بتأخير الاختيار إلى أن قامت أو أقيمت سَقط حقها، فلا تطالب بعد ذلك بشيء، فإن اختارت الفرقة أمر القاضي الزوج بأن يُطلِّقها، وإن أبى فرَّق القاضي بينهما.

قوله: وَفِي التَّأْجِيلِ تُعْتَبَرُ السَّنَةُ القَمَرِيَّةُ هُوَ الصَّحِيحُ، هذا احتراز عمَّا اختاره شمس الأئمَّة السرخسي في «المبسوط»، والإمام قاضي خان، والإمام ظهير الدين رحمهم الله؛ فإنَّهم اختاروا السنة الشمسية، وجعل في «شرح الطحاوي» رحمه الله التأجيلَ بالسنة القمرية ظاهر الرواية، والتأجيل بالشمسية رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله، وذكر عن شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: الشمسية ثلاثمائة وخمسة وستون يومًا، وجزء من مائة وعشرين جزءًا من اليوم، والقمرية ثلاثمائة وأربعة وخمسون يومًا، كذا وجدتُّ بخط ثقة، وهكذا ذكر أيضـًا في «إيجاز البيان»[1] في تفسير قوله تعالى: ﴿وَٱزْدَادُواْ تِسْعًا ۝﴾ [الكهف: ٢٥].

وذكر في «الذخيرة»: يؤجل العنين سنة شمسية لا قمرية، والسنة الشمسية السنة بالأيام، والسنة القمرية السنة بالأهلة، والشمسيَّة تزيد على القمريَّة بأحد عشر يومًا وشيء، فيجوز أن يوافق طبعه هذه الزيادة فلا بدَّ من اعتبارها.

قوله: وَلَا يُحْتَسَبُ بِمَرَضِهِ وَمَرَضِهَا، ورُوي عن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا مرض أحدهما مرضـًا لا يستطيع الجماع معه، فإن كان أقل من نصف الشهر احتسب عليه، وإن كان أكثر لم يحتسب عليه وجعل له بدل مكانها.

وكذلك الغيبة؛ لأن شهر رمضان محسوب عليه، وهو قادر عليه في الليل ممنوعٌ

---

(١) «إيجاز البيان في معانِي القرآن» للإمام نجم الدين، أبو القاسم، بيان الحق، محمود بن أبي الحسن بن الحسين النيسابوري، الغزنوي، المتوفى نحو سنة (٥٥٠ هـ)، و«إيجاز البيان» يشتمل على أكثر من عشرة آلاف فائدة، وله أيضـًا «جمل الغرائب في تفسير الحديث»، و«التذكرة والتبصرة» تشتمل على ألف نُكت، وله شعر أيضـًا. انظر: «كشف الظنون» (١/ ٢٠٥)، «معجم المؤلفين» (٣/ ٨٠٢).

عَنْهُ. (وَإِذَا كَانَ بِالزَّوْجَةِ عَيْبٌ فَلَا خِيَارَ لِلزَّوْجِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تُرَدُّ بِالعُيُوبِ الخَمْسَةِ وَهِيَ: الجُذَامُ وَالبَرَصُ وَالجُنُونُ وَالرَّتَقُ وَالقَرَنُ لِأَنَّهَا تَمْنَعُ الِاسْتِيفَاءَ حِسًّا أَوْ طَبَعًا وَالطَّبْعُ مُؤَيِّدٌ بِالشَّرْعِ، قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «فِرَّ مِنَ المَجْذُومِ

في النهار، والنهار بدون الليل يكون نصف الشهر، فثبت أن نصف الشهر محسوب عليه، وهذا أصح الروايات عن أبي يوسف.

وإن أحرمت بحجة الإسلام لم يحتسب على الزوج بتلك المدة؛ لأنه لا يقدر على أن يحللها، ألا ترى أنّها لو كانت محرمة حين خاصمت لم يؤجله القاضي حين يفرغ من الحج، ولو خاصمت والزوج مظاهر منها فإن كان يقدر على العتق أجّله، وإن كان عاجزًا عن ذلك أمهله شهرين؛ لأنه ممنوع من غشيانها ما لم يكفر، فإن ظاهر منها بعد التأجيل لم يلتفت القاضي إلى ذلك، واحتسب عليه بتلك المدة؛ لأنه كان متمكنًا من أن لا يظاهر منها، كذا في «المبسوط»، و«الإيضاح».

قوله: وَإِذَا كَانَ بِالزَّوْجَةِ عَيْبٌ فَلَا خِيَارَ لِلزَّوْجِ، فإن الرجل لا يرد امرأته عن عيب، وإن فحش عندنا، ولكنه بالخيار إن شاء أمسكها وإن شاء طلقها، وعند الشافعي رحمه الله: يثبت له حق الرد بعيوب خمسة، كذا في «المبسوط».

فإن قلتَ: فعند الشافعي له خيار الرد وعندنا له خيار الطلاق، فما التفاوت بينهما؟

قلتُ: الفرق بينهما ظاهر، فعندنا بالطلاق قبل الدخول يجب نصف المسمى، وعنده بالرد قبل الدخول لم يجب شيء من المهر، وكذلك يظهر أيضًا في حق نقصان عدد الطلاق وعدم نقصانه، وقد ذكرناه في خيارات النكاح.

الجُذَام: هو تشقّق الجلد وتقطع اللحم وتساقطُه، والفعل منه جُذِم، كذا في «المغرب».

والرَّتق: بالتحريك مصدر قولك: امرأة رَتْقاء لا يُستطاع جماعُها، لارتتاق ذلك الموضع منها، كذا في «الصحاح».

وذكر في «التيسير» في قوله تعالى: ﴿كَانَتَا رَتْقًا فَفَتَقْنَٰهُمَا﴾ [الأنبياء: ٣٠]: الرتق

فِرَارَكَ مِنَ الأَسَدِ» وَلَنَا أَنَّ فَوْتَ الِاسْتِيفَاءِ أَصْلًا بِالمَوْتِ لَا يُوجِبُ الفَسْخَ فَاخْتِلَالُهُ بِهَذِهِ العُيُوبِ أَوْلَى، وَهَذَا لِأَنَّ الِاسْتِيفَاءَ مِنَ الثَّمَرَاتِ،

السدُّ، ومنه الرَّتْقاء، وهي المرأة التي فرجُها ملتحمٌ، والفتق الشقُّ، وصرفها من باب دخل.

وفي «المغرب»: امرأةٌ رتقاء بيِّنة الرتق، إذا لم يكن لها خرقٌ إلا المبال، والقرن بسكون الراء العَفَلةُ، عن الأصمعي: واختصم إلى شُرَيح في جارية بها قرن، فقال: أقعدوها، فإن أصاب الأرض فهو عيبٌ، وإن لم يُصب الأرض فليس بعيب.

والعَفَلة بالتحريك شيء يخرُج من قُبُل النساء، وحياء الناقة شبيهٌ بالأدرة التي للرجال، كذا في «الديوان»، و«الصحاح».

وذكر في «المغرب»: القرن مانع يمنعُ من سلوك الذكر فيه، إما غُدَّة غليظة، أو لحمة مُرتَتِقة، أو عظم، وامرأة قَرْنَاء بها ذلك.

قوله: وَلَنَا أَنَّ فَوْتَ الِاسْتِيفَاءِ أَصْلًا بِالمَوْتِ لا يُوجِبُ الفَسْخَ، حتى لا يسقط شيء من المهر، وعيب الجنون والجُذام فيما هو المقصود دون الموت؛ لأن الاستيفاء هاهُنا يتأتى، ومقصود النسل يحصُل به، وهذا بخلاف ما إذا وجدت المرأة زوجها مجبوباً أو عنيناً؛ لأن هناك لا يثبت لها خيار الفسخ عندنا، وإنَّما يثبت لها حق المطالبة بالإمساك بالمعروف، وذلك في أن يوفيها حقها في الجماع، فإذا عجز عن ذلك تعين التسريح بالإحسان والتسريحُ طلاق.

وحاصل ذلك أن النكاح ممَّا لا يحتمل الفسخ عندنا؛ لأن الفسخ هو رفع العقد بعد تمامه بلا خلل في ولاية المحل، والنكاح لا يحتمل هذا النوع من الفسخ، ألا ترى أنه لا يحتمل الفسخ بالإقالة؛ وذلك لأن ملك النكاح ملك ضروري لا يظهر في حق النقل إلى الغير، ولا في حق الانتقال إلى الورثة، وإنَّما أظهره الشرع في حق الطلاق للتخلّص عن عهدة النكاح عند عدم موافقة الأخلاق، وهذا لا يقتضي ظهوره في حق الفسخ بعد تمامه؛ لأنه لا ضرورةَ فيه، بخلاف الفسخ بعدم الكفاءة، أو بخيار البلوغ، فإنه فسخ قبل تمامه لخَلل في ولاية المحل، فيكون في معنى الامتناع من إتمامه، وكذلك الفسخُ بخيار العتق، فإنه امتناع

وَالمُسْتَحَقُّ هُوَ التَّمَكُّنُ وَهُوَ حَاصِلٌ.

(وَإِذَا كَانَ بِالزَّوْجِ جُنُونٌ أَوْ بَرَصٌ أَوْ جُذَامٌ فَلا خِيَارَ لَهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ -: لَهَا الخِيَارُ) دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهَا كَمَا فِي الجَبِّ وَالعُنَّةِ، بِخِلَافِ جَانِبِهِ لِأَنَّهُ مُتَمَكِّنٌ مِنْ دَفْعِ الضَّرَرِ بِالطَّلَاقِ، وَلَهُمَا أَنَّ الأَصْلَ عَدَمُ الخِيَارِ لِمَا فِيهِ مِنْ إِبْطَالِ حَقِّ الزَّوْجِ.

من التزام زيادة الملك؛ ولأن هذه العيوب لا تُخلّ بموجود العقد وهو الحل، فلا يثبت خيار الفسخ كالعمى، والشَّلل، والزمانة، فأما الاستيفاء فثمرة، وفواتُ الثمرة لا يؤثِّرُ في عقد النكاح، ومذهبُنا مرويٌّ عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما.

قوله: وَالمُسْتَحَقُّ هُوَ التَّمَكُّنُ وَهُوَ حَاصِلٌ، أي: التمكن بالوطءِ حاصل، أمَّا في المجذومة، والمجنونة، والبَرص فظاهرٌ، وأمَّا في الرتقاء، والقرناء، فممكنٌ بالشق والفتق.

قوله: وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: لَهَا الخِيَارُ، إذا كان على حال لا تطيق المقام معه؛ لأنه تعذر عليها الوصول إلى حقها لمعنى فيه، فكان بمنزلة ما لو وجدته مجبوبًا أو عنينًا.

ولكنَّا نقول: بِهذه العيوب لا ينسدّ عليها باب استيفاء المقصود، إنما تقلّ رغبتُها فيه، وتتأذى بالصحبة والعشيرة معه، وذلك غيرُ مثبت لها الخيار، كما لو وجدتّه سَيّءَ الخُلق، أو مقطوع اليدين والرِّجلين، بخلاف الجب والعنة، وكذلك إن اشترطَ أحدهما على صاحبه السلامة من العمى والشلل والزمانة فوجده بخلاف ذلك لا يثبت له الخيارُ.

وكذلك لو شرط أحدهما على صاحبه صفة الجمال أو البكارة فوجدها بخلاف ذلك لا يثبت له الخيار؛ لأن فوت زيادة مشروطة بمنزلة العيب في إثبات الخيار كما في البيع، وبهذا يتبيَّن أنه لا معتبر بتمام الرضاء في باب النكاح؛ فإنه لو تزوَّجها بشرط أنَّها بِكرٌ شابَّةٌ جميلةٌ، فوجدها ثيِّبًا عجوزًا شَوْهاء لها شِقٌّ مائلٌ وعقلٌ زائلٌ ولُعابٌ سائلٌ، فإنه لا يثبت له الخيار وقد انعدم الرضاء منه بِهذه الصفة، كذا في «المبسوط».

وَإِنَّمَا يَثْبُتُ فِي الجَبِّ وَالعُنَّةِ؛ لِأَنَّهُمَا يُخِلَّانِ بِالمَقْصُودِ المَشْرُوعِ لَهُ النِّكَاحُ،

قوله: المَشْرُوعِ لَهُ النِّكَاحُ، وهو الوطء؛ لأن شرعيَّة النكاح لأجل الوطء، فلذلك يثبت له الخيار في الجبِّ والعنة.

فإن قلتَ: جعل قبل هذا في المسألة التي بيننا وبين الشافعي استيفاء الوطء من الثمرات على وجه عند فواته لم يوجب الخيار للزوج في الرتق والقرن وغيرهما، باعتبار أن استيفاء الوطء من الثمرات، فقال: لأن الاستيفاء من الثمرات، وقال: المقصود منه الحل على ما ذكر في «المبسوط»، فلم ينال هناك بفوت الثمرة ولم يُثبت الخيار للزوج، وهاهُنا عكس ذلك التعليل وحكمه؛ حيث أثبت الخيار للمرأة في صورة الجب والعنة، وجعل استيفاء الوطء من المقصود، فيلزم من هذا أن يكون استيفاء الوطء مقصودًا في النكاح وغير مقصود، ويكونُ هو مُثبتًا الخيار وغير مُثبِت، فكيف يكون للشيء الواحد وَصْفان متضادَّان وحكمان متضادَّان، وهو هو، أي: من غير تغيير؟

قلتُ: لا شكَّ أن للتمكن من الوطء جهة كونه مقصودًا، وجهة كونه ثمرةً.

أمَّا جهة كونه مقصودًا فباعتبار أن بناء شرعية النكاح لأجله؛ إذ المقصود من شرعيَّة النكاح هو التوالد والتناسل، لحكمة بقاء العالم بما قدَّر الله تعالى بقاءَه، وذلك لا يحصل إلا بالوطء.

وأمَّا جهةُ كونه ثمرةً فبالاستدلال بالحكم حيث يصح نكاحُ الرضيعة، والرتقاء، والقرناء، والعجوز، والعقيم، فلو كان هذا مقصودًا لما جاز نكاح هؤلاء، كما يجوز استئجار الجَحْش للحمل والركوب؛ لما أن المقصود من الاستئجار الانتفاعُ، وهو لا يحصل به في الحال، ولمَّا كان كذلك اعتبرنا جانب الثمرة فيما إذا كانت هذه العيوبُ بالمرأة، فلم يثبت الخيار للزوج بالرد والفسخ جريًا على الأصل، وهو أنَّ النكاح لا يقبل الفسخ، واعتبرنا جانب كونه مقصودًا فيما إذا كان عيبُ الجبِّ والعُنَّة بالرجل.

وَهَذِهِ العُيُوبُ غَيْرُ مُخِلَّةٍ بِهِ فَافْتَرَقَا، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

ثم إنَّما عيَّنا جانب الثمرة فيما إذا كانت العيوب بالمرأة؛ لأن الزوج متمكن من الاستمتاع بغيرها بأن يتزوج غيرها مع وجودها ومتمكن من طلاقها، فقلنا: لا يثبت له الخيار؛ لأن استيفاء الوطء ثمرةٌ من الثمرات، وعيَّنا جانبَ الإصالة، وكونَ استيفاء الوطء مقصودًا فيما إذا كان العيب بالزوج من الجبِّ والعُنَّة؛ لأن المرأة لا تتمكَّن من الاستمتاع بغيره مع كونها في نكاحه، ولا تتمكن من تطليق نفسها فقلنا: كان لها الخيار فيما إذا وجدت زوجها مجبوباً أو عنِّينًا؛ لأن الجبّ والعنّة يُخلّان بالمقصود المشروع له النكاح وهو الوطء، والله تعالى أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

(بَابُ العِدَّةِ)

باب العدَّة

اعلم أن الأثر يتبع المؤثر أينما كان، والعدة متعقِّبة للطلاق وما يُماثله من الفراق، خصوصاً ما إذا كان الطلاق بعد الدخول، فلذلك أورد باب العدَّة بعد ذكر وجوه الفراق من الطلاق، والإيلاء، والخلع، واللِّعان، وأحكام العنين.

ذكر في «الصحاح»: عدة المرأة أيامُ أقرائها، وقيل: العدة عبارة عن التربص الذي يلزم المرأة عند زوال النكاح أو شبهته.

فبعد هذا يحتاج إلى معرفة ستة أشياء، وهي: سبب وجوب العدة، وشرطها، وركنها، ومحظوراتها، وحكمها، وما تقدر به مدَّتها.

أمَّا سببها: فهو عندنا نكاح متأكد بالتسليم أو ما يَجْري مجراه، وعند الشافعي رحمه الله: السبب هو الماء في فُرُق الحياة، ويبتني على هذا مسألة الخلوة الصحيحة هل هي موجبة للعدة أم لا؟

وأمَّا شرطها: فالفرقة سواء كانت بطلاق أو غيره، إذ لو كانت سبباً لما اختلف وجوب العدَّة بين الدخول وعدمه، فكان قولنا: عدة الطلاق إضافة الحكم إلى شرطه، كما في صدقة الفطر.

وأمَّا رُكنها: فحرمات ثابتة إلى أجل ينقضي، والكف عن هتكها يجبُ احترازًا عن الوقوع في الحرمة لا لأنه ركن العدة، وقال الشافعي رحمه الله: الركن هو كفُّ المرأة نفسَها عن أفعال محظورة عليها.

﴿وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ طَلَاقًا بَائِنًا أَوْ رَجْعِيًّا أَوْ وَقَعَتِ الفُرْقَةُ بَيْنَهُمَا بِغَيْرِ طَلَاقٍ

ويبتني على هذا مسألة أن العدتين إذا وجبتا من رجلين هل يتداخلان وينقضيان بمضي مدة واحدة أم لا؟

وأمَّا محظوراتها: في المبانة والمتوفى عنها زوجها، فالزينة والتطيب خصوصاً، والخروج عن البيت عمومًا.

وأمَّا حكمها: فعدم جواز نكاح الغير، ونكاح أختها، وأربع سواها، وما يجري مجراه، وأمَّا ما تقدر به مدَّتها أجمعوا على أن التربص مأمور به في العدة.

ثم اختلفوا فيما ينقضي به التربص، فعندنا التربص ينقضي بثلاث حيض، وعند الشافعي بثلاثة أطهار، هذه فوائد مجموعة من «أسرار» القاضي الإمام المدقِّق، أبي زيد الدبوسي رحمه الله.

قوله: وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ طَلَاقًا بَائِنًا أَوْ رَجْعِيًّا، ولم يذكر **قوله**: أَوْ رَجْعِيًّا، في بعض النسخ، فلا بدَّ من ذكره، ثم لم يذكر الدخول في الطلاق ولم يقل: إذا طلق الرجل امرأته بعد الدخول، مع أن عدة الطلاق لا تجب إلا بعد الدخول، بناءً على ما هو الأصل في النكاح وهو الدخول؛ ولأن وجوب العدة من الفرقة في حالة الحياة إنما كان بعد الدخول لا قبله، وهو ظاهر فاستغنى بظهوره عن ذكره.

وذكر في «الإيضاح»: والعدَّة بالحيض أو بما أقيم مقامه من الأشهر لا تجب إلا بالدخول، أو ما يقوم مقامه من الخلوة؛ لقوله تعالى في غير المدخول بها: ﴿فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾ [الأحزاب: ٤٩]، ثم قال: وضرب آخر من الشهور يجب على المتوفى عنها زوجها إذا كانت حاملًا؛ لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا﴾ [البقرة: ٢٣٤] الآية، ويستوي في ذلك الدخول وعدم الدخول؛ لأن الله تعالى أوجب بالوفاة مطلقاً.

قوله: أَوْ وَقَعَتِ الفُرْقَةُ بَيْنَهُمَا بِغَيْرِ طَلَاقٍ، مثل الفرقة بخيار العتاقة، وعدم الكفاءة، وخيار البلوغ، وملك أحد الزوجين صاحبه، والفرقة في النكاح الفاسد.

وَهِيَ حُرَّةٌ مِمَّنْ تَحِيضُ فَعِدَّتُهَا ثَلَاثَةُ أَقْرَاءٍ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَالمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وَالفُرْقَةُ إِذَا كَانَتْ بِغَيْرِ طَلَاقٍ فَهِيَ فِي مَعْنَى الطَّلَاقِ لِأَنَّ العِدَّةَ وَجَبَتْ لِلتَّعَرُّفِ عَنْ بَرَاءَةِ الرَّحِمِ فِي الفُرْقَةِ الطَّارِئَةِ عَلَى النِّكَاحِ، وَهَذَا يَتَحَقَّقُ فِيهَا، وَالأَقْرَاءُ الحِيَضُ عِنْدَنَا، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: الأَطْهَارُ وَاللَّفْظُ حَقِيقَةٌ فِيهِمَا إِذْ هُوَ مِنَ الأَضْدَادِ، كَذَا قَالَهُ ابْنُ السِّكِّيتِ وَلَا يَنْتَظِمُهُمَا جُمْلَةً لِلِاشْتِرَاكِ وَالحَمْلُ عَلَى الحَيْضِ أَوْلَى، إِمَّا عَمَلًا بِلَفْظِ الجَمْعِ، لِأَنَّهُ لَوْ حُمِلَ عَلَى الأَطْهَارِ وَالطَّلَاقُ يُوقَعُ فِي طُهْرٍ لَمْ يُبْقِ جَمْعًا، أَوْ لِأَنَّهُ مُعَرِّفٌ لِبَرَاءَةِ الرَّحِمِ وَهُوَ المَقْصُودُ،

قوله: وَهَذَا يَتَحَقَّقُ فِيهَا، أي: التعرّف عن براءة الرحم يتحقق في الفرقة بغير طلاق.

قوله: إِذْ هُوَ مِنَ الأَضْدَادِ، دليل على أنه حقيقة فيها، فكان فيه قطع توهم أنه مجاز في واحدٍ منهما؛ لما أن الطريق في المجاز هو أن يكون في المجاز معنى يناسب معنى الحقيقة، وبين الطهر والحيض مضادة لا مناسبة بينهما، فكيف يتحقق المجاز بين الضدين؟ فصار كالصريم يطلق على الليل والنهار.

قوله: إِمَّا عَمَلًا بِلَفْظِ الجَمْعِ، أراد به لفظ الإقراء وهو جمع قَرء بالفتح والضم، كذا في «المغرب»، والجمع الصحيح هو الثلاثة.

وذلك إنَّما يتحقق عند الحمل على الحيض لا على الطهر؛ لما أن الطلاق يوقع في طهر وهو السنة، ثم هو محسوب عن الإقراء عند من يقول بالإطهار، فيكون حينئذٍ مدَّة عدتها قرئين وبعض الثالث فلم يكن ثلاثـًا كوامل، وهذا مستقيمٌ في جمع غير مقرون بالعدد، كقوله تعالى: ﴿ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَٰتٌ﴾ [البقرة: ١٩٧]، فأمَّا في جمع مقرون بالعدد فلا بدَّ من الكوامل، بخلاف ما لو أريد بالإقراء الحيض، فإنه يكمل ثلاثـًا.

قوله: أَوْ لِأَنَّهُ - أي: لأن الحيض - مُعَرِّفٌ لِبَرَاءَةِ الرَّحِمِ، فالتعريف لبراءتها إنما

أَوْ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «وَعِدَّةُ الأَمَةِ حَيْضَتَانِ» فَيَلْتَحِقُ بَيَانًا بِهِ (وَإِنْ كَانَتْ لا تَحِيضُ مِنْ صِغَرٍ أَوْ كِبَرٍ فَعِدَّتُهَا ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَاللَّائِي

يحصل بالحيض لا بالطهر؛ لما أن الحمل طهر ممتد فيجتمعان، فلا يحصل التعريف بأنَّها حامل أو حائل.

قوله: فَيَلْتَحِقُ بَيَانًا بِهِ، أي: يلتحق خبر الواحد بمجمل الكتاب للبيان لذلك الخبر الواحد لما هو المراد من الكتاب، كما ألحق ما رُوي عن النبي صلَّى الله عليه وسلم: «مسح على ناصيته» بيانـًا لمجمل قوله تعالى: ﴿وَٱمۡسَحُواْ بِرُءُوسِكُمۡ﴾ [المائدة: ٦]، في حق المقدار، فحينئذٍ كان الحديث مُبَيِّنًا لحكم الكتاب لا مغيِّرًا له، وأولى الاحتجاج هو ما احتج به في «الأسرار» فقال: فاحتج علماؤنا بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ﴾ [الطلاق: ٤]، فجعل اللهُ العدة شهورًا بشرط عدم الحيض، فدلَّ أن المحيض أصل في العدَّة والشهور بدلٌ عنها، كما قال الله تعالى: ﴿فَلَمۡ تَجِدُواْ مَآءٗ فَتَيَمَّمُواْ صَعِيدٗا طَيِّبٗا﴾ [النساء: ٤٣]، فدل النقل إلى الصعيد بشرط عدم الماء أن الماء هو الأصل، فعُلم به ما طوي بيانه عند ذكر الأصل بقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا قُمۡتُمۡ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ فَٱغۡسِلُواْ وُجُوهَكُمۡ﴾ [المائدة: ٦]، أي: بالماء بهذه الدلالة؛ وذلك لأن حد البدل ما يقوم مقام غيره عند عدمه، فالذي شرط عدمه لإقامته مقامه لا بدَّ أن يكون أصلًا.

فإن قيل: الأصل أطهار هي قروءٌ، ولا وجود لها إلا بالمحيض، فإن الطهر قبل الحيض لا يسمَّى قرءًا، ولا انعدام لهذه القروء إلا بانعدام الحيض، فصار قوله: ﴿يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ﴾ [الطلاق: ٤]، مجازًا عن قوله: يئسن من الأطهار هي قروءٌ فلذلك استقام الإبدال.

قلنا: إن الكلام لحقيقته حتى يقوم الدليل على مجازه، ودلَّ عليه أن الله تعالى بدأ فقال: ﴿وَٱلۡمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٖ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، ثمَّ نقل إلى البدل فيمن عدمت القروء، ولو كان المراد ما ذكره كان من حق الكلام أن يقول: واللاءِ عدمن القروءَ ليكون النقل بعدم غير ما شرع أصلًا، فلمَّا جاء الله بعبارة أخرى علم أنَّها لم تكن إلا لفائدة

يَئِسْنَ مِنَ المَحِيضِ مِنْ نِّسَائِكُمْ﴾ [الطلاق: ٤] الآيَةَ (وَكَذَا الَّتِي بَلَغَتْ بِالسِّنِّ وَلَمْ تَحِضْ) بِآخِرِ الآيَةِ. (وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا فَعِدَّتُهَا أَنْ تَضَعَ حَمْلَهَا) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَأُولاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] (وَإِنْ كَانَتْ أَمَةً فَعِدَّتُهَا حَيْضَتَانِ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - «طَلَاقُ الأَمَةِ تَطْلِيقَتَانِ وَعِدَّتُهَا حَيْضَتَانِ» وَلِأَنَّ الرِّقَّ مُنَصِّفٌ وَالحَيْضَةُ لا تَتَجَزَّأُ فَكُمِّلَتْ فَصَارَتْ حَيْضَتَيْنِ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ عُمَرُ بِقَوْلِهِ: لَوِ اسْتَطَعْتُ لَجَعَلْتُهَا حَيْضَةً وَنِصْفًا (وَإِنْ كَانَتْ لا تَحِيضُ فَعِدَّتُهَا شَهْرٌ وَنِصْفٌ) لِأَنَّهُ مُتَجَزِّئٌ فَأَمْكَنَ تَنْصِيفُهُ عَمَلًا بِالرِّقِّ.

(وَعِدَّةُ الحُرَّةِ فِي الوَفَاةِ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٍ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا

زائدة تَعْدَمُ هي بالعبارة الأولى، وليس ذلك إلا ما قلنا، والله تعالى أعلم.

قوله: وَكَذَا الَّتِي بَلَغَتْ بِالسِّنِّ - أي: إذا بلغت خمسة عشر سنة - وَلَمْ تَحِضْ - بعدُ، فعدتها تنقضي بالأشهر أيضًا - بِآخِرِ الآيَةِ، وهو قوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي لَمْ يَحِضْنَ﴾ [الطلاق: ٤]، أي: والصغائر اللاتِي لم يبلغن، واللاتِي بلغن بغير الحيض كذلك يعتدون بثلاثة أشهر، كذا في «التيسير».

قوله: وَعِدَّةُ الحُرَّةِ فِي الوَفَاةِ، إلى آخره، وبين السلف فيها اختلاف في أربعة فصول:

أحدها: أن من السلف من يقول: لها عدتان: الطولى وهي الحول، والقصرى وهي أربعة أشهر وعشر، كما قال الله تعالى: ﴿وَصِيَّةً لِّأَزْوَٰجِهِم مَّتَٰعًا إِلَى ٱلْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ فَإِنْ خَرَجْنَ﴾ أي: أربعة بعد أشهر وعشر ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ٢٤٠]، ففي هذا بيان أنَّ العدة الكاملة هي الحول، وأن الاكتفاء بأربعة أشهر وعشر رخصة لها، والحول عزيمة لها.

ولكنَّا نقول: هذه الآية منسوخة، وهذا حكم كان في الابتداء أن على الزوج أن يوصي لها بالنفقة والسكنى إلى الحول، وقد انتسخ ذلك بقوله تعالى: ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ

يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤] (وَعِدَّةُ الأَمَةِ شَهْرَانِ وَخَمْسَةُ أَيَّامٍ) لِأَنَّ الرِّقَّ مُنَصِّفٌ.

أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤]، والدليل عليه ما رُوي أن المتوفى عنها زوجها جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلَّم تستأذنه في الاكتحال، فقال عليه الصلاة والسلام: «كان إحداكنَّ في الجاهلية إذا تُوفي عنها زوجها قعدت في شر أحلاسِها في بيتها حولًا، ثمَّ خرجت فرمت كلبةً ببعرةٍ أفلا أربعة أشهر وعشرًا؟»، قوله: رمت كلبةً ببعرةٍ، يريد أنَّ خلوتها في البيت وحبسها نفسها هيِّنٌ عليها كالرَّمية بالبعرة في حسب ما كان من حق الزوج، فكيف لا تصبر هذه المدَّة اليسيرة، وهي أربعة أشهر وعشر؟ وقوله: أفلا؟ أي: أفلا أصبر أربعة أشهر وعشر.

والثاني: أن المعتبر عشرة أيَّام وعشر ليال من الشهر الخامس عندنا، وكان عبد الله بن عَمرو بن العاص رضي الله عنهما يقول: عشر ليال وتسعة أيَّام، حتى يجوز لها أن تتزوج في اليوم العاشر؛ لظاهر قوله تعالى: ﴿وَعَشْرًا﴾، فإن جمع المؤنث يذكر وجمع المذكر يؤنث فيقال: عشرة أيام وعشر ليال، فلما قال هاهُنا: ﴿وَعَشْرًا﴾ عرفنا أن المراد الليالي.

ولكنَّا نقول: هو كذلك، إلا أن ذكر أحد العددين من الأيام والليالي بعبارة الجمع يقتضي دخول ما بإزائه من العدد الآخر، وقد بيَّنا هذا في باب الاعتكاف.

والثالث: أن المتوفى عنها زوجها إذا كانت حاملًا فعدتها أن تضع حملها، وهو قول عُمر وابن مسعود رضي الله عنهما، وكان عليٌّ رضي الله عنه يقول: تعتد بأبعد الأجلين، إمَّا بوضع الحمل أو بأربعة أشهر وعشر؛ لأن قوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ﴾ [الطلاق: ٤]، يوجب عليها العدَّة بوضع الحمل، وقوله تعالى: ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٤]، يوجب عليها أربعة أشهر وعشرًا، فيجمع بينهما احتياطًا، وجوابه ما ذكر في الكتاب.

والدليل المؤيد لما ذكر في الكتاب أيضًا حديث سبيعة بنت الحارث الأسلمية، فإنَّها وضعت ما في بطنها بعد موت الزوج بسبعة أيام، فسألت أبا السنابل بن بَعلك هل لها أن تتزوج؟ فقال: لا حتى يبلغ الكتاب أجلَه، فجاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلَّم

(وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا فَعِدَّتُهَا أَنْ تَضَعَ حَمْلَهَا) لِإِطْلَاقِ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَأُولاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] وَقَالَ عَبْدُ اللهِ بْنُ مَسْعُودٍ: مَنْ شَاءَ بَاهَلْتُهُ أَنَّ سُورَةَ النِّسَاءِ القُصْرَى نَزَلَتْ بَعْدَ الآيَةِ الَّتِي فِي سُورَةِ البَقَرَةِ، وَقَالَ عُمَرُ: لَوْ وَضَعَتْ وَزَوْجُهَا عَلَى سَرِيرِهِ لَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا وَحَلَّ لَهَا أَنْ تَتَزَوَّجَ.

(وَإِذَا وَرِثَتِ المُطَلَّقَةُ فِي المَرَضِ

فأخبرتْه بذلك، أي بما قال أبو السنابل، فقال عليه الصلاة والسلام: «كذب أبو السنابل قد بلغ الكتاب أجله».

والرابع: أن عدة الوفاة معتبرة من وقت موت الزوج عندنا، وهو قول ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم، وكان علي رضي الله عنه يقول: من حين تعلم حتى إذا مات الزوج في السفر فأتاها الخبر بعد مُضي مدة العدة، فعند علي رضي الله عنه يلزمها عدة مستأنفة؛ لأن عليها الحداد في عدة الوفاة، ولا يمكنها إقامة سنة الحداد إلا بعد العلم بموته؛ ولأن هذه العدة تجب بطريق العبادة فلا بدَّ من علمها.

ولكنَّا نقول: العدة مجرد مضي المدة وذلك يتحقق بدون علمها، فهيَ وعدة الطلاق سواء، وأكثر ما في الباب أنَّها لم تقم سنة الحداد، وذلك لا يمنع انقضاء العدة، كما لو كانت عالمة بموت الزوج ولم تقم سنة الحداد، ومعنى العبادة في العدَّة تبع لا مقصود، ألا ترى أنَّها تجبُ على الكتابية تحت المسلم، وهي لا تخاطب بالعبادات، كذا في «المبسوط».

قوله: مَنْ شَاءَ بَاهَلْتُهُ، أي: لاعنتُه، هكذا رُوي في رواية أخرى، وذلك أنَّهم كانوا إذا اختلفوا في شيء اجتمعوا وقالوا: بَهْلَةُ الله على الظالم منَّا.

قوله: وَإِذَا وَرِثَتِ المُطَلَّقَةُ، تعوّض لجانب الإرث ليكون هو بهذا اللفظ متناولًا للباين الذي فيه الإرثُ سواء كان ثلاثـًا أو دونَها، وهو ما إذا طلَّق المريضُ امرأته أيّ طلاق كان، ثم ماتَ وهي في العدة فإنها ترث وهو طلاق الفار، وقد مرَّ، ومُخرِجًا لما هو غير داخل فيه وهو ما إذا طلَّق الصحيحُ امرأتَه طلاقـًا بائنـًا، ثم مات هو وهي في العدة لا ينتقل عدتُها

فَعِدَّتُهَا أَبْعَدُ الأَجَلَيْنِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: ثَلَاثُ حِيَضٍ، وَمَعْنَاهُ إِذَا كَانَ الطَّلَاقُ بَائِنًا أَوْ ثَلَاثًا، أَمَّا إِذَا كَانَ رَجْعِيًّا فَعَلَيْهَا عِدَّةُ الوَفَاةِ بِالإِجْمَاعِ، لِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ النِّكَاحَ قَدِ انْقَطَعَ قَبْلَ المَوْتِ بِالطَّلَاقِ وَلَزِمَتْهَا ثَلَاثُ حِيَضٍ، وَإِنَّمَا تَجِبُ عِدَّةُ الوَفَاةِ إِذَا زَالَ النِّكَاحُ فِي الوَفَاةِ إِلَّا أَنَّهُ بَقِيَ فِي حَقِّ الإِرْثِ لَا فِي حَقِّ تَغَيُّرِ العِدَّةِ، بِخِلَافِ الرَّجْعِيِّ لِأَنَّ النِّكَاحَ بَاقٍ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، وَلَهُمَا

إلى أبعد الأجلين لأنَّها لا ترث.

وذكر في «المحيط»: وأمَّا إذا كانت مطلقة فماتَ عنها زوجها، فإن كان الطلاق رجعيًّا انتقلت إلى عدة الوفاة، وإن كانت مبتوتةً فإن كانت لا ترث لا ينتقل إلى عدة الوفاة، وإن كانت ترثُ فعلى هذا الاختلاف.

قوله: فَعِدَّتُهَا أَبْعَدُ الأَجَلَيْنِ، وتفسيرُ ذلك أنَّها تعتد أربعة أشهر وعشرًا فيها ثلاث حيض، حتى لو اعتدت أربعة أشهر وعشرًا ولم تحض كانت في العدة ما لم تحض ثلاث حيض، ولو حاضت ثلاث حيض قبل تمام أربعة أشهر وعشر لا تنقضي عدتها حتى تتمَّ المدة، كذا في «فتاوى قاضي خان».

قوله: لِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ النِّكَاحَ قَدِ انْقَطَعَ قَبْلَ المَوْتِ بِالطَّلَاقِ، فليس عليها عدة الوفاة؛ لما أنَّ سبب وجوب عدَّة الوفاة انتهاء النكاح بالموت، فإذا لم يوجد لا يلزمها عدة الوفاة.

وهما يقولان: أخذت ميراث الزوجات بالوفاة، فيلزمها عدَّة الوفاة كما لو كان طلقها تطليقةً رجعيَّةً؛ وهذا لأنا إنَّما أعطيناها الميراث باعتبار أن النكاح بمنزلة القائم بينهما حكمًا إلى وقت الموت، أو باعتبار إقامة العدَّة مقام أصل النكاح حكمًا؛ إذ لا بدَّ من قيام السبب عند الموت لاستحقاق الميراث، والميراث لا يثبت بالشك والعدَّة تجب بالشك، فإذا جُعل في حكم الميراث النكاح كالمنتهي بالموت حكمًا، ففي حكم العدة أوْلَى، وسبب وجوب العدَّة بالحيض عليها متقرر حقيقةً، فألزمناها الجمع بينهما.

أَنَّهُ لَمَّا بَقِيَ فِي حَقِّ الإِرْثِ يُجْعَلُ بَاقِيًا فِي حَقِّ العِدَّةِ احْتِيَاطًا فَيُجْمَعُ بَيْنَهُمَا، وَلَوْ قُتِلَ عَلَى رِدَّتِهِ حَتَّى وَرِثَتْهُ امْرَأَةٌ فَعِدَّتُهَا عَلَى هَذَا الاِخْتِلَافِ، وَقِيلَ عِدَّتُهَا بِالحَيْضِ بِالإِجْمَاعِ لِأَنَّ النِّكَاحَ حِينَئِذٍ مَا اُعْتُبِرَ بَاقِيًا إِلَى وَقْتِ المَوْتِ فِي حَقِّ الإِرْثِ لِأَنَّ المُسْلِمَةَ لا تَرِثُ مِنَ الكَافِرِ.

(فَإِذَا عَتَقَتِ الأَمَةُ فِي عِدَّتِهَا مِنْ طَلَاقٍ رَجْعِيٍّ انْتَقَلَتْ عِدَّتُهَا إِلَى عِدَّةِ الحَرَائِرِ) لِقِيَامِ النِّكَاحِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ (وَإِنْ أَعْتَقَتْ وَهِيَ مَبْتُوتَةٌ أَوْ مُتَوَفًّى عَنْهَا زَوْجُهَا لَمْ تَنْتَقِلْ عِدَّتُهَا إِلَى عِدَّةِ الحَرَائِرِ) لِزَوَالِ النِّكَاحِ بِالبَيْنُونَةِ أَوِ المَوْتِ (وَإِنْ كَانَتْ آيِسَةً فَاعْتَدَّتْ بِالشُّهُورِ ثُمَّ رَأَتِ الدَّمَ انْتَقَضَ مَا مَضَى مِنْ عِدَّتِهَا وَعَلَيْهَا أَنْ تَسْتَأْنِفَ العِدَّةَ بِالحَيْضِ) وَمَعْنَاهُ إِذَا رَأَتِ الدَّمَ عَلَى العَادَةِ لِأَنَّ عَوْدَهَا يُبْطِلُ الإِيَاسَ هُوَ الصَّحِيحُ،

قوله: وَلَوْ قُتِلَ عَلَى رِدَّتِهِ، جعل هذا في «المبسوط» من تتمَّة دليل أبي يوسف فقال: ألا ترى أن المرتدَّ إذا مات أو قتل على ردته ترثه زوجته المسلمة، وليس عليها عدة الوفاة؛ لأن زوال النكاح كان بردته لا بموته، فكذلك زوال النكاح هنا كان بالطلاق البائن لا بالموت.

وقالا عن مسألة المرتد، فقد أشار الكرخي رحمه الله في كتابه إلى أنه يلزمها عدة الوفاة، ولئن سلمنا فنقول: هناك ما استحقَّت الميراث بالوفاة؛ لأن عند الموت هي مسلمة والمسلمة لا ترث الكافر، وذلك يستند استحقاق الميراث إلى وقت الردة، وبذلك السبب لزمها العدة بالحيض، فلا يلزمها عدة الوفاة، وهاهُنا استحقاق الميراث عند الموت لا عند الطلاق؛ فعرفنا أن النكاح كالقائم بينهما إلى وقت الموت حكمًا.

قوله: لِأَنَّ عَوْدَهَا يُبْطِلُ الإِيَاسَ هُوَ الصَّحِيحُ، هذا احتراز عن قول محمد بن مقاتل الرازي رحمه الله، فإنه كان يقول: هذا إذا لم يحكم بإياسها، فأمَّا إذا انقطع عنها الدم زماناً حتى حكم بإياسها، وكانت ابنة تسعين سنة أو نحو ذلك، فرأت الدم بعد ذلك لم يكن حيضاً.

فَظَهَرَ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ خَلَفًا وَهَذَا لِأَنَّ شَرْطَ الخَلْفِيَّةِ تَحَقُّقُ اليَأْسِ وَذَلِكَ بِاسْتِدَامَةِ العَجْزِ إِلَى المَمَاتِ كَالفِدْيَةِ فِي حَقِّ الشَّيْخِ الفَانِي.

(وَلَوْ حَاضَتْ حَيْضَتَيْنِ ثُمَّ أَيِسَتْ تَعْتَدُّ بِالشُّهُورِ) تَحَرُّزًا عَنِ الجَمْعِ بَيْنَ البَدَلِ وَالمُبْدَلِ، (وَالمَنْكُوحَةُ نِكَاحًا فَاسِدًا وَالمَوْطُوءَةُ بِشُبْهَةٍ عِدَّتُهُمَا الحَيْضُ فِي الفُرْقَةِ وَالمَوْتِ) لِأَنَّهَا لِلتَّعَرُّفِ عَنْ بَرَاءَةِ الرَّحِمِ لا لِقَضَاءِ حَقِّ النِّكَاحِ، وَالحَيْضُ هُوَ المُعَرِّفُ.

وكان محمد بن إبراهيم الميدانِي رحمه الله يقول: إن رأت دمًا سائلًا كما تراه في زمان حيضها فهو حيض، وإن رأت بلة يسيرة لم يكن حيضًا، بل ذلك من نتن الرحم فكان فاسدًا لا يتعلق به حكم الحيض، كذا في حيض «المبسوط».

قوله: تَحَرُّزًا عَنِ الجَمْعِ بَيْنَ البَدَلِ وَالمُبْدَلِ، فإن قلتَ: يشكل هذا ببناء البدل على المبدل فيمن صلى بوضوء ثم سبقه الحدث فلم يجد الماء، فإنه يتيمَّم ويبني، وكذا إذا عجز عن الركوع والسجود فإنه يؤمي ويبني.

قلتُ: أمَّا الأول فلا يرد علينا؛ لأن الصلاة بالتيمم ليست ببدل عن الصلاة بالوضو، إنَّما البدلية في الطهارة والأمر هناك كذلك، فإنه لا يكمل إحدى الطهارتين بالأخرى، وكذلك الصلاة بالإيماء ليست ببدل عن الصلاة بالركوع والسجود؛ لأن بعض الشيء لا يكون بدلاً عن كله، وأمَّا العدة بالشهور فبدل عن العدَّة بالحيض، وإكمال البدل بالأصل غير ممكن.

قوله: لِأَنَّهَا لِلتَّعَرُّفِ عَنْ بَرَاءَةِ الرَّحِمِ لا لِقَضَاءِ حَقِّ النِّكَاحِ، فإن قلتَ: على هذا ينبغي أن يكتفى بالحيضة الواحدة كما في استبراء الجارية؛ لما أن براءة الرحم تتعرف بالحيضة الواحدة، وقد ذكر في «الإيضاح»، و«التحفة» وغيرهما أن عدَّة الموطوءة وهي التي وُطئت بالنكاح الفاسد، أو شبهة الملك، أو كانت أم ولد فأعتقها مولاها أو مات عنها، فثلاث حيض أو ثلاثة أشهر أو وضع الحمل.

قلتُ: إلحاقًا للشبهة بالحقيقة، فإن أحكام العقد الفاسد أبدًا تؤخذ من حكم الصحيح كما في البيع الفاسد، والإجارة الفاسدة، فإن البيع الصحيح كما يثبت الملك فكذلك البيع

(وَإِذَا مَاتَ مَوْلَى أُمِّ الوَلَدِ عَنْهَا أَوْ أَعْتَقَهَا فَعِدَّتُهَا ثَلَاثُ حِيَضٍ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: حَيْضَةٌ وَاحِدَةٌ، لِأَنَّهَا تَجِبُ بِزَوَالِ مِلْكِ اليَمِينِ فَشَابَهَتِ الِاسْتِبْرَاءَ، وَلَنَا أَنَّهَا وَجَبَتْ

الفاسد يثبت الملك، غير أن ثبوت الملك يتوقف إلى وجود القبض لوَهَاءٍ في العقد باعتبار فساده، وكذلك يثبت الأجرُ وهو أجر المثل في الإجارة الفاسدة ولم يثبت المسمى لوَهَاءٍ فيه بسبب الفساد، فكذلك هاهُنا لم تثبت عدَّة الوفاة في النكاح الفاسد لوَهَاءٍ فيه؛ لأن عدَّة الوفاة لزيادة إظهار التأسف لفوت نعمة النكاح، والنعمة في الصحيح لا في الفاسد، فلذلك اختصت بالصحيح ولكن فيه جهة النكاح، فلذلك ألحق النكاح الفاسد بالأنكحة الصحيحة في اعتبار مدة العدة، إلحاقًا للصحيح بالفاسد فيما يختص به.

وذكر في «الذخيرة»: عدَّة الوفاة لا تجب إلا في النكاح الصحيح؛ حتى أن المنكوحة نكاحًا فاسدًا إذا مات عنها زوجها تعتدُّ بثلاث حيض، ثم المنكوحة نكاحًا فاسدًا كالمنكوحة بغير شهود، فإنه فاسد باتفاق بين علمائنا، وأمَّا نكاح المحارم مع العلم بأنَّها حرام فنكاح فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله، خلافًا لهما.

وفي «الذخيرة»: رجل تزوج منكوحة الغير ولا يعلم أنَّها منكوحة الغير ودخل بها تجب العدة، وإن كان يعلم أنَّها منكوحة الغير لا تجب العدة بالدخول حتى لا يحرم على الزوج وطئها، وبه يفتى، وأمَّا الموطوءة بشبهةٍ فهي التي زفت إلى غير زوجها فوطئها، تجب عليها العدة وعلى الواطئ المهر على ما يجيء في كتاب الحدود إن شاء الله تعالى.

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: حَيْضَةٌ وَاحِدَةٌ، فمذهبه مرويٌّ عن ابن عمر رضي الله عنهما، ومذهبنا مرويٌّ عن عُمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم.

ويستوي أن أعتقها أو مات عنها إلا على قول عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه، فإنه كان يقول: «لا تلبسوا علينا سنة نبينا، عدَّة أم الولد إذا مات عنها سيدها أربعة أشهر وعشر»، وهذا دليلنا فإنه ألزمها عدة الحرائر، إلا أنا نوجب الحِيَض؛ لأن هذه العدة لا تجب إلا باعتبار الدخول وتوهم اشتغال الرحم، فيتقدر بالحيض في الحياة والوفاة، كالعدَّة من نكاح فاسد أو وطء بشبهة.

بِزَوَالِ الفِرَاشِ فَأَشْبَهَ عِدَّةَ النِّكَاحِ ثُمَّ إِمَامُنَا فِيهِ عُمَرُ فَإِنَّهُ قَالَ: عِدَّةُ أُمِّ الوَلَدِ ثَلَاثُ حِيَضٍ (وَلَوْ كَانَتْ مِمَّنْ لَا تَحِيضُ فَعِدَّتُهَا ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ) كَمَا فِي النِّكَاحِ.

(وَإِذَا مَاتَ الصَّغِيرُ عَنِ امْرَأَتِهِ وَبِهَا حَبَلٌ فَعِدَّتُهَا أَنْ تَضَعَ حَمْلَهَا) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: عِدَّتُهَا أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٍ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ؛

احتجَّ الشافعي رحمه الله فقال: عدتها أثر ملك اليمين فيتقدَّر بحيضة واحدة كالاستبراء، ودليل صحة اعتباره بالاستبراء أنَّها لا تختلف بالحياة والوفاة، وتأثيره أن المقصود تبيّن فراغ الرحم لا غير، وذلك يحصل بالقرء الواحد.

ولكنَّا نقول: هذه عدة وجبت على حرة، فلا يكتفى فيها بحيضة كعدة النكاح بلا ولي، فإن عدَّة النكاح قد تجب على الأمة، وهذه العدَّة لا تجب إلا على الحرة، وتأثيره أن الحرة كاملة الحال، فالوظيفة التى لا تجب إلا على الحرة تجب بصفة الكمال؛ لأن المعتبر حال وجوب العدة لا ما كان قبله، وبه يتبيَّن الفرق بينه وبين الاستبراء، فالاستبراء لا يجب عليها، ولكن يجبُ على المولى أن يستبرئها، قال عليه الصلاة والسلام: «ولا الحبالى حتى يستبرأن بحيضه»، وهذا خطابٌ للمولى دون الأمة، فإن قول القائل: لا يُضرب فلان، خطاب للضارب دون المضروب.

توضيحه: أن سبب وجوب الاستبراء حدوث ملك الحل بسبب ملك اليمين، ألا ترى أنه لو اشتراها من صبيٍّ أو امرأة يجب، وهاهُنا سبب وجوب العدة زوال الفراش، والعدَّة التي تجب لزوال الفراش لا يكتفى فيها بحيضة واحدة، كذا في «المبسوط».

وفيه حكاية، وهي أن شمس الأئمَّة السرخسي رحمه لله حين أخرج من الحبس كان أمير البلد زوج أمَّهات أولاده من خدامه الأحرار، فسأل العلماء الحاضرين عن ذلك فقالوا جميعًا: نعم ما فعلتَ، فقال شمس الأئمة رحمه الله: أخطأتَ؛ لأن تحت كل خادم امرأة حرَّة، فكان هذا تزويج الأمة على الحرَّة، فقال الأمير: أعتقتُ هؤلاء، فجدد العقد، فسأل العلماء عن ذلك فقالوا: نعم ما فعلتَ، وقال: شمس الأئمة أخطأتَ؛ لأن العدَّة تجبُ على أمهات

لِأَنَّ الحَمْلَ لَيْسَ بِثَابِتِ النَّسَبِ مِنْهُ فَصَارَ كَالحَادِثِ بَعْدَ المَوْتِ، وَلَهُمَا إِطْلَاقُ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَأُولاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] وَلِأَنَّهَا مُقَدَّرَةٌ بِمُدَّةِ وَضْعِ الحَمْلِ فِي أُولاتِ الأَحْمَالِ قَصُرَتِ المُدَّةُ أَوْ طَالَتْ لا لِلتَّعَرُّفِ عَنْ فَرَاغِ الرَّحِمِ لِشَرْعِهَا بِالأَشْهُرِ مَعَ وُجُودِ الأَقْرَاءِ، لَكِنْ لِقَضَاءِ حَقِّ النِّكَاحِ، وَهَذَا المَعْنَى يَتَحَقَّقُ فِي الصَّبِيِّ وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الحَمْلُ مِنْهُ، بِخِلَافِ الحَمْلِ الحَادِثِ لِأَنَّهُ وَجَبَتِ العِدَّةُ بِالشُّهُورِ فَلَا تَتَغَيَّرُ بِحُدُوثِ الحَمْلِ، وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ كَمَا وَجَبَتْ وَجَبَتْ مُقَدَّرَةً بِمُدَّةِ الحَمْلِ فَافْتَرَقَا، وَلا يَلْزَمُ امْرَأَةُ الكَبِيرِ إِذَا حَدَثَ لَهَا الحَبَلُ بَعْدَ

الأولاد بعد الإعتاق، فكان هذا تزويج المعتدة من الغير فلا يجوز، فالله تعالى أنسى جواب مسألة واحدة في موضعين على العلماء ليظهر فقهُ شمس الأئمة رضي الله عنه على غيره.

قوله: فَصَارَ كَالحَادِثِ بَعْدَ المَوْتِ، وتفسير الحدوث بعد الموت بأن تضعه لستة أشهر فصاعدًا من يوم الموت عند عامَّة المشائخ، وقال بعضهم: بأن تأتِي لأكثر من سنتين، والأول أصح، وتفسير قيام الحبل عند الموت هو أن تلد لأقل من ستة أشهر من وقت الموت، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: وَلَهُمَا إِطْلَاقُ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَأُولاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾، وهو مطلق حيث لم يتعرض أن يكون الحمل من الزوج أو من غيره، أو يكون الحمل في عدة الطلاق أو في عدة الوفاة.

وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله بعد التمسك بقوله: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] وكذا في سائر وجوه الفرق: والحرة والمملوك فيه سواءٌ.

قوله: وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ، أي: فيما إذا ماتَ الصغير عن امرأته وبها حبل.

قوله: وَلا يَلْزَمُ امْرَأَةُ الكَبِيرِ، إلى آخره، فوجه ورود الشبهة هو أنه فرق في امرأة الصغير

الْمَوْتِ لِأَنَّ النَّسَبَ يَثْبُتُ مِنْهُ فَكَانَ كَالْقَائِمِ عِنْدَ الْمَوْتِ حُكْمًا.

(وَلا يَثْبُتُ نَسَبُ الوَلَدِ فِي الوَجْهَيْنِ) لِأَنَّ الصَّبِيَّ لا مَاءَ لَهُ فَلَا يُتَصَوَّرُ مِنْهُ العُلُوقُ، وَالنِّكَاحُ يَقُومُ مَقَامَهُ فِي مَوْضِعِ التَّصَوُّرِ.

(وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ فِي حَالَةِ الحَيْضِ لَمْ تَعْتَدَّ بِالحَيْضَةِ الَّتِي وَقَعَ فِيهَا الطَّلَاقُ)

بين الحمل القائم وقت موت الصغير، وبين الحمل الحادث بعد موته، حيث جعلَ انقضاء العدة في القائم بوضع الحمل، وفي الحادث بالأشهر، وجعل في امرأة الكبير في القائم والحادث انقضاء العدة بوضع الحمل، فألحق الحادث بالقائم.

فأجاب عنه وقال: لمَّا ثبت النسب في امرأة الكبير من الميت فإن كان الحمل حادثـًا بعد الموت جعل كأنه كالقائم وقت موتَ الكبير، ولو كان قائمًا وقتَ الموت في الصغير والكبير كان انقضاء العدة بوضع الحمل، فكذلك فيما إذا كان قائمـًا تقديرًا في امرأة الكبير.

وفي «المبسوط»: وزعم بعض أصحابنا أن في امرأة الكبير إذا حدث الحبل بعد الموت يكون انقضاء العدة بالوضع، وليس كذلك، بل الجوابُ في الفصلين واحد، أي: في القائم كان انقضاء العدة بوضع الحمل، وفي الحادث بالأشهر، ومتى كان الحبل حادثـًا بعد الموت كان من زنا، فلا يتغير به حكم العدَّة، وإنَّما الفرق في أن امرأة الكبير إذا جاءت بالولد لأقل من سنتين تنقضي عدتها به؛ لأنه يستند العلوق إلى ما قبل الموت حتى يحكم بثبوت النسب من الزوج، فيتبيَّن به أن الحبل ليس بحادثٍ بعد الموت، وفي امرأة الصغير لا يُستند العلوق إلى ما قبل الموت، وإنما أُسند إلى أقرب الأوقات؛ لأن النسب لا يثبت منه، فإذًا لم يكن الحبل ظاهرًا، وإنَّما ظهر بعد موته يُجعل هذا حبلًا حادثًا.

قوله: وَلا يَثْبُتُ نَسَبُ الوَلَدِ فِي الوَجْهَيْنِ، أي: في وجهي مسألة الصغير، وهما وجه القائم وقت الموت ووجه الحادث بعد الموت.

وحاصله أنه إن لم يثبت النسب من الصبي الميت في الوجهين، لكن إذا كان الحبل قائمًا وقتَ الموت كان انقضاء العدة بوضع الحمل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله،

لِأَنَّ العِدَّةَ مُقَدَّرَةٌ، بِثَلَاثِ حِيَضٍ كَوَامِلَ فَلَا يَنْقُصُ عَنْهَا.

(وَإِذَا وُطِئَتِ المُعْتَدَّةُ بِشُبْهَةٍ فَعَلَيْهَا عِدَّةٌ أُخْرَى وَتَدَاخَلَتِ العِدَّتَانِ، وَيَكُونُ مَا تَرَاهُ المَرْأَةُ مِنَ الحَيْضِ مُحْتَسَبًا مِنْهُمَا جَمِيعًا، وَإِذَا انْقَضَتِ العِدَّةُ الأُولَى وَلَمْ تُكْمِلِ الثَّانِيَةَ فَعَلَيْهَا تَمَامُ العِدَّةِ الثَّانِيَةِ) وَهَذَا عِنْدَنَا، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لا تَتَدَاخَلَانِ لِأَنَّ المَقْصُودَ

فإنَّهما لا يشترطان لانقضاء العدة بوضع الحمل ثبوت النسب.

وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله: وكذلك الحامل من الزنا إذا تزوجت بزوج آخر جاز النكاح في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، فإن مات عنها زوجها كان عدتها بوضع الحمل لما قلنا.

قوله: وَإِذَا وُطِئَتِ المُعْتَدَّةُ بِشُبْهَةٍ فَعَلَيْهَا عِدَّةٌ أُخْرَى وَتَدَاخَلَتِ العِدَّتَانِ، وصورة التداخل هي أن العدتين إذا وجبتا من رجلين فلا يخلو من أن الوطء الثاني بعدما رأت المرأة شيئًا من الحيض، أو لم تر أصلًا، فإن كانت لم تر أصلًا فالحيض الثلاث بعد الوطء الثاني تنوب عن ستِّ حيض، فإن كانت ذات حيضة يجب عليها بعد الوطء الثاني ثلاث حيض أيضًا، والحيضتان تنوبان عن أربع حيض، والثالثة عن الوطء الثاني خاصة.

وذكر في «الذخيرة»: وإذا وجبت العدتان من جنس واحد، كالمطلقة إذا تزوجت في عدتها فوطئها الثاني وفرق بينهما، أو من جنسين كالمتوفى عنها زوجها إذا وطئت بشبهة تداخلت، واعتدت بما رأته من الحيض والأشهر، هذا إذا وطئها أجنبيٌّ بشبهة، أمَّا إذا وطئها الزوج المطلق بشبهة تداخلت العدتان بالإجماع.

وذكر في «المبسوط»: وإن كانت العدتان من واحدٍ، بأن وطئ معتدته بعد البينونة بالشبهة فلا شك عندنا أنَّهما تنقضيان بمدة واحدة، وهو أحد قولي الشافعي، وفي القول الآخر يقول: لا تجب العدة بالسبب الثاني أصلًا.

وحجته في ذلك أنَّهما حقان وجبا لمستحقين، فلا يتداخلان كالمهرين؛ ولأن العدة فرض كفٍّ لزمها في المدة، فلا يجتمع الكفان في مدةٍ واحدةٍ كصومين في يوم واحد، وهذا

هُوَ العِبَادَةُ فَإِنَّهَا عِبَادَةُ كَفٍّ عَنِ التَّزَوُّجِ وَالخُرُوجِ فَلَا تَتَدَاخَلَانِ كَالصَّوْمَيْنِ

هو الحرف الذي يدور عليه الكلام، فإن المعتبر عنده معنى العبادة في العدة؛ لأنه كفٌّ عن الأزواج والخروج فيكون عبادة، كالكف عن اقتضاء الشهوات بالصوم.

وحجتنا في ذلك أن العدة مجرد أجلٍ، والآجال تنقضي بمدة واحدة في حق الواحد والجماعة كآجال الديون.

وبيانه: أن الله تعالى سمَّى العدة أجلًا، وقال تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلۡأَحۡمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّۚ﴾ [الطلاق: ٤]، وسمَّاه تربصًا والتربّص هو الانتظار، والانتظار يكون بسبب الأجل، كالانتظار في المطالبة بالدين إلى انقضاء الأجل، ومن حيث المقصود في الأجل، فإن مقصود كل واحدٍ من صاحبي العدة يتمُّ بثلاث حيض، وهو العلم بفراغ رحمها من مائه.

ثمَّ معنى العبادة في العدة تبع لا مقصود، وإنَّما ركن العبادة حرمة الخروج والتزوج، ألا ترى أن لله تعالى ذكر ركن العدة بعبارة النهي فقال: ﴿وَلَا يَخۡرُجۡنَ﴾ [الطلاق: ١]، وقال: ﴿وَلَا تَعۡزِمُواْ عُقۡدَةَ ٱلنِّكَاحِ﴾ [البقرة: ٢٣٥]، وموجب النهي التحريم والحرمات تجتمع، فإن الصيد حرام على المحرم في الحرم لحرمة الحرم وحرمة الإحرام، والخمر حرام على الصائم بصومه ولكونها خمرًا، أو ليمينه إذا حلف لا يشربها.

بخلاف ركن الصوم فإنه مذكور بعبارة الأمر قال الله تعالى: ﴿ثُمَّ أَتِمُّواْ ٱلصِّيَامَ إِلَى ٱلَّيۡلِۚ﴾ [البقرة: ١٨٧]، فعرفنا أن الركن فيه الفعل.

ثمَّ عدتها تنقضي وإن لم تعلم، وتنقضي وإن لم تكف نفسها عن الخروج، ولا يتحقَّق أداء العبادة بدون ركنها؛ ولأن بوطءِ الثانِي قد لزمتها العدة، والشروع في العدة لا يتأخر بعد الوجوب؛ وهذا لأنه لو امتنع شروعها فيه إنما يمتنع للعدة الأولى، والعدة الأولى أثر النكاح، وأصل النكاح لا يمنع شروعها في العدة إذا تقرر بسببها، كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة فأثرها أوْلَى أن لا يمنع.

وذكر في «الإيضاح»: والكلام بيننا وبين الشافعي راجع إلى معرفة ركن العدة، فإن

فِي يَوْمٍ وَاحِدٍ، وَلَنَا أَنَّ المَقْصُودَ التَّعَرُّفُ عَنْ فَرَاغِ الرَّحِمِ وَقَدْ حَصَلَ بِالوَاحِدَةِ فَتَتَدَاخَلَانِ، وَمَعْنَى العِبَادَةِ تَابِعٌ، أَلَا تَرَى أَنَّهَا تَنْقَضِي بِدُونِ عِلْمِهَا وَمَعَ تَرْكِهَا الكَفَّ. (وَالمُعْتَدَّةُ عَنْ وَفَاةٍ إِذَا وُطِئَتْ بِشُبْهَةٍ تَعْتَدُّ بِالشُّهُورِ وَتَحْتَسِبُ بِمَا تَرَاهُ

الركن عنده فعل التربص، قال الله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، معناه تربصن أنفسهن وتكففن.

وإنَّما سماه أجلًا؛ لأن الفعل الواجب به يصير معلومًا، وإذا ثبت أن الفعل هو الواجب فالفعلان لا يتأديان معًا.

ونحن نقول: الركن هو حرمة الفعل؛ لأن الله تعالى سمَّاه أجلًا، والأجل حقيقته مدة مضروبة لانقضاء شيء به، كالآجال المضروبة في باب الديون.

قوله: وَلَنَا أَنَّ المَقْصُودَ التَّعَرُّفُ عَنْ فَرَاغِ الرَّحِمِ وَقَدْ حَصَلَ بِالوَاحِدَةِ، فإن قلتَ: لو كان المقصود هو تعرف فراغ الرحم لَما وجبت ثلاثة أقراء؛ ولأن التداخل في العدتين لو كان جائزًا لكان الأولى أن تتداخل الأقراء في أنفسها، فحينئذٍ ينبغي أن يكتفى بقرءٍ واحد؛ لما أن المقصود وهو علم فراغ الرحم يحصل به.

قلتُ: لا يلزم من التداخل في العدتين تداخل أجزاء عدَّة واحدة بعضها في بعض، ألا ترى أن الشهور في أجل واحد لا تتداخل، والشهور في آجال المختلفة تتداخل، حتى أنَّ رب الدين لو أجل ديونه على المديونين بثلاثة أشهر مثلًا من وقت واحد بمضي ثلاثة أشهر كل الآجال مرَّة واحدة، وكذلك الجلداتُ في الحد الواحد لا تتداخل ويتداخل الحدَّان.

وأمَّا قوله: لو كان المقصود تعرف براءة الرحم لاكتفى بالواحد، قلنا: إن الحيضة الواحدة لتعرف فراغ الرحم، والثانية لحرمة النكاح فرقًا بينه وبين الاستبراء، والثالثة لفضيلة الحرية، فإذا قلنا بالتداخل في أقراء عدة واحدة يفوت هذا المقصود، إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: أَلَا تَرَى أَنَّهَا تَنْقَضِي بِدُونِ عِلْمِهَا وَمَعَ تَرْكِهَا الكَفَّ، علم أن فعل الكف والتربص ليسا بمقصودين، ألا ترى أنَّها تجب على من ليس بأهل لوجوب الفعل وهي

مِنَ الحَيْضِ فِيهَا) تَحْقِيقًا لِلتَّدَاخُلِ بِقَدْرِ الإِمْكَانِ.

(وَابْتِدَاءُ العِدَّةِ فِي الطَّلَاقِ عَقِيبَ الطَّلَاقِ وَفِي الوَفَاةِ عَقِيبَ الوَفَاةِ، فَإِنْ لَمْ تَعْلَمْ بِالطَّلَاقِ أَوِ الوَفَاةِ حَتَّى مَضَتْ مُدَّةُ العِدَّةِ فَقَدِ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا) لِأَنَّ سَبَبَ وُجُوبِ العِدَّةِ الطَّلَاقُ أَوِ الوَفَاةُ فَيُعْتَبَرُ ابْتِدَاؤُهَا مِنْ وَقْتِ وُجُودِ السَّبَبِ، وَمَشَايِخُنَا يُفْتُونَ فِي الطَّلَاقِ أَنَّ ابْتِدَاءَهَا مِنْ وَقْتِ الإِقْرَارِ نَفْيًا لِتُهْمَةِ المُوَاضَعَةِ.

الصبية والمجنونة، بل المقصود منها ترك الفعل إلى أجل وانعدام الفعل إلى أجل، وهذا ممَّا يتحقق بدون العلم، ألا ترى أن الله تعالى سمَّاها أجلًا، وسائر الآجال التي ضربت للمنع عن الفعل تنقضي بدون العلم، كذا هذا، كذا في «مبسوط فخر الإسلام».

قوله: نَفْيًا لِتُهْمَةِ المُوَاضَعَةِ، فهما إن يتواضعا على الطلاق وانقضاء العدة ليصح إقرار المريض لها بالدَّين ووصيته لها بشيء، أو يتواضعا على انقضاء العدة بأن يتزوج بأختها أو أربع سواها.

وذكر في «الذخيرة»: قال محمد رحمه الله في «الأصل»: تجب العدة من وقت الطلاق واختيار مشايخ بلخ على أنه تجب العدة من وقت الإقرار عقوبةً عليه جزاءً على كتمانه الطلاق، ولكن لا تجب لها نفقة العدة، ولا مؤنة السكنى؛ لأن ذلك حقها وقد أقرت هي بسقوطه، وينبغي على قول هؤلاء أن لا يحل له التزوج بالأخت وأربع سواها ما لم ينقض العدة من وقت الإقرار.

وحكي عن الشيخ الإمام أبي الحسن السُّغدي[1] رحمه الله أنه كان يقول: ما ذكر محمد في «الأصل» أن العدة تعتبر من وقت الطلاق محمول على ما إذا كانا متفرقين من الوقت الذي أسند الطلاق إليه، أمَّا إذا كانا مجتمعين فالكذب في كلامهما ظاهرٌ، ولا يصدقان في الإسناد، قال محمد رحمه الله: وعلى هذا إذا فارق الرجل امرأته زمانـًا ثم قال لها: كنتُ طلقتك منذ

---

(١) قد مرَّت ترجمته في هذا المجلد في (ص: ٤٠٠).

(وَالعِدَّةُ فِي النِّكَاحِ الفَاسِدِ عَقِيبَ التَّفْرِيقِ أَوْ عَزْمِ الوَاطِئِ عَلَى تَرْكِ وَطْئِهَا) وَقَالَ زُفَرُ: مِنْ آخِرِ الوَطَآتِ لِأَنَّ الوَطْءَ هُوَ السَّبَبُ المُوجِبُ، وَلَنَا أَنَّ كُلَّ وَطْءٍ وُجِدَ فِي العَقْدِ الفَاسِدِ يَجْرِي مَجْرَى الوَطْأَةِ الوَاحِدَةِ لِاسْتِنَادِ الكُلِّ إِلَى حُكْمِ عَقْدٍ وَاحِدٍ، وَلِهَذَا يُكْتَفَى فِي الكُلِّ بِمَهْرٍ وَاحِدٍ، فَقِيلَ: المُتَارَكَةُ أَوِ العَزْمُ لا تُثْبِتُ العِدَّةَ مَعَ جَوَازِ وُجُودِ غَيْرِهِ وَلِأَنَّ التَّمَكُّنَ عَلَى وَجْهِ الشُّبْهَةِ أُقِيمَ مَقَامَ حَقِيقَةِ الوَطْءِ لِخَفَائِهِ وَمِسَاسِ الحَاجَةِ إِلَى مَعْرِفَةِ الحُكْمِ فِي حَقِّ غَيْرِهِ.

(وَإِذَا قَالَتِ المُعْتَدَّةُ انْقَضَتْ عِدَّتِي وَكَذَّبَهَا الزَّوْجُ كَانَ القَوْلُ قَوْلَهَا مَعَ اليَمِينِ) لِأَنَّهَا أَمِينَةٌ فِي ذَلِكَ وَقَدْ اتُّهِمَتْ بِالكَذِبِ فَتَحْلِفُ كَالمُودِعِ.

كذا، والمرأة لا تعلم بذلك بصدق وتعتبر عدتها من ذلك الوقت.

قوله: أَوْ عَزْمِ الوَاطِئِ عَلَى تَرْكِ وَطْئِهَا، بأن أخبر أنّي تركت وطئها، والإخبارُ أمرٌ ظاهرٌ فيدار الحكم عليه، أمَّا آخر الوطئات فلا يعلم، لاحتمال وجود غيره، أي: غير الوطء الذي وجد.

وذكر في «الخلاصة» و«النصاب»: المتاركة في النكاح الفاسد بعد الدخول لا يكون إلا بالقول بقوله: تركتُك، وما يقوم مقام هذا القول بأن يقول: تركتها وخليتُ سبيلها، أمَّا عدم المجيء فلا؛ لأن استدامة الصحبة معها لا تكون والغيبة ليست بمتاركة؛ لأنه لو عادَ إليها يعود، وأمَّا لو أنكر نكاحها فهو ليس بمتاركة، والنكاح الفاسد لا حكم له قبل الدخول، حتى لو تزوَّج امرأةً نكاحًا فاسدًا بأن مسَّ أمّها بشهوة ثم تركها له أن يتزوج الأم.

قوله: وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ: مِنْ آخِرِ الوَطَآتِ، وبه أخذ أبو القاسم الصفَّار رحمه الله، ذكره في «الذخيرة».

قوله: وَمِسَاسِ الحَاجَةِ إِلَى مَعْرِفَةِ الحُكْمِ فِي حَقِّ غَيْرِهِ، أي: غير الواطئ وهو الزوج الثاني.

قوله: فَتَحْلِفُ كَالمُودِعِ، بأن قال المودَع: هلكت الوديعة، أو قال: رددتُ وأنكر

(وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ طَلَاقًا بَائِنًا ثُمَّ تَزَوَّجَهَا فِي عِدَّتِهَا وَطَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا فَعَلَيْهِ مَهْرٌ كَامِلٌ وَعَلَيْهَا عِدَّةٌ مُسْتَقْبَلَةٌ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: عَلَيْهِ نِصْفُ المَهْرِ وَعَلَيْهِ إِتْمَامُ العِدَّةِ الأُولَى) لِأَنَّ هَذَا طَلَاقٌ قَبْلَ المَسِيسِ فَلَا يُوجِبُ كَمَالَ المَهْرِ وَلَا اسْتِئْنَافَ العِدَّةِ،

المودِع ما قاله، كان القول قول المودَع مع اليمين؛ لأنه أمين والقول قول الأمين مع اليمين، فكذلك هاهُنا.

قوله: وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ طَلَاقًا بَائِنًا ثُمَّ تَزَوَّجَهَا، إلى آخره، هذه من المسائل المعروفة التي ذكرها في «التتمة»، و«الذخيرة» وغيرهما، وهي كلها مبنية على أصل واحد؛ وهو أن الدخول في النكاح الأول هل يكون دخولًا في النكاح الثاني أم لا، فعند محمد رحمه الله لا يكون، وعندهما يكون.

فصورة المسألة الأولى: إذا تزوجت المرأة غير كفوٍ ودخل بها فرفع الولي إلى القاضي حتى فرق بينهما، فألزمه المهر وألزمها العدة، ثم تزوجها هذا الرَّجل في العدة بغير الولي، وفرق القاضي بينهما قبل أن يدخل بها كان لها عليه المهر الثاني كاملًا، وعليها عدة مستقبلة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله استحسانًا، وقال محمد رحمه الله: لها في العقد الثاني نصف المهر، وعليها بقية العدة، وقال زفر رحمه الله: لها نصف المهر في العقد الثاني ولا شيءَ من العدة.

والثانية هذه المسألة المذكورة في الكتاب، واحتج محمد رحمه الله بظاهر قوله تعالى: ﴿ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾ [الأحزاب: ٤٩]، وفي النكاح الثاني الطلاق حصل قبل المساس؛ لأن العقد الثاني غير مبنيّ على الأول، والدخول في النكاح الأول لم يُجعل كالدخول في النكاح الثاني، إلا أنه يوجب بقيَّة العدة الأولى احتياطًا؛ لأن تلك العدة كانت واجبةً بالطلاق قبل الدخول الأول، ثمَّ إذا تزوجها وطلقها صار النكاح الثاني كالمعدوم.

وَإِكْمَالُ العِدَّةِ الأُولَى إِنَّمَا يَجِبُ بِالطَّلَاقِ الأَوَّلِ، إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يَظْهَرْ حَالَ التَّزَوُّجِ الثَّانِي، فَإِذَا ارْتَفَعَ بِالطَّلَاقِ الثَّانِي ظَهَرَ حُكْمُهُ، كَمَا لَوِ اشْتَرَى أُمَّ وَلَدِهِ ثُمَّ أَعْتَقَهَا، وَلَهُمَا أَنَّهَا مَقْبُوضَةٌ فِي يَدِهِ حَقِيقَةً بِالوَطْأَةِ الأُولَى وَبَقِيَ أَثَرُهُ وَهُوَ العِدَّةُ، فَإِذَا جَدَّدَ النِّكَاحَ وَهِيَ مَقْبُوضَةٌ نَابَ ذَلِكَ القَبْضُ عَنِ القَبْضِ المُسْتَحَقِّ فِي هَذَا النِّكَاحِ

قوله: وَإِكْمَالُ العِدَّةِ الأُولَى، جواب سؤالٍ يرد على قوله: لِأَنَّ هَذَا طَلَاقٌ قَبْلَ المَسِيسِ، بأن يقال: لمَّا كان هذا طلاقاً قبل المسيس لما وجبت العدَّة في النكاح الثانِي أصلًا، لا الإكمال ولا الاستئناف، كما هو قول زفر.

فأجاب عنه نعم كذلك، إلا أنه لمَّا طلقها ثانياً صار كأن النكاح الثانِي لم يوجد، فيجب عليها إكمال العدة الأولى، كما لو لم يتزوجها ثانياً أصلًا، فظهر حكم الطلاق الأول وكان هو بعد الدخول فتجب عدته.

قوله: كَمَا لَوِ اشْتَرَى أُمَّ وَلَدِهِ - أي: منكوحته التي ولدت منه - ثُمَّ أَعْتَقَهَا، فيجب عليها ثلاث حيض، حيضتان من النكاح تجتنب فيها ما تجتنب المنكوحة من الخروج، والبروز، والتزيّن، وحيضة من العتق لا تجتنب فيها؛ لأنه لمَّا اشتراها فسد النكاح ووجبت العدة، ألا ترى أنه لا يجوز أن يتزوجها، وإنَّما لم يظهر حكم العدة في حقه لمانع وهو ملك اليمين، فإذا زال المانع ظهر حكم العدة في حقه أيضاً، فوجبت حيضتان لفساد النكاح وهما معتبران من الإعتاق أيضاً ويلزمها الإحداد.

وأمَّا الثالثة فإنَّها تجب من العتق خاصة فلا يلزمها الإحداد، كذا في «الإيضاح».

قوله: وَبَقِيَ أَثَرُهُ، أي: وقد بقي أثره، والواو للحال، أي: والحال أن أثر الوطء الأول باق، وَهُوَ العِدَّةُ، فَإِذَا جَدَّدَ النِّكَاحَ، والحال أنَّها مقبوضة بالدخول في النكاح الأول، فنابَ ذلك القبض الذي كان قبضها بالدخول منابَ القبض المستحق في النكاح الثانِي، أي: مناب الدخول المستحق في النكاح الثانِي، فإذا طلقها صار كأنه طلقها بعد الدخول في النكاح الثانِي،

كَالغَاصِبِ يَشْتَرِي المَغْصُوبَ الَّذِي فِي يَدِهِ يَصِيرُ قَابِضًا بِمُجَرَّدِ العَقْدِ، فَوَضَحَ بِهَذَا أَنَّهُ طَلَاقٌ بَعْدَ الدُّخُولِ، وَقَالَ زُفَرُ: لا عِدَّةَ عَلَيْهَا أَصْلًا؛ لِأَنَّ الأُولَى قَدْ سَقَطَتْ بِالتَّزَوُّجِ فَلَا تَعُودُ، وَالثَّانِيَةُ لَمْ تَجِبْ وَجَوَابُهُ مَا قُلْنَا.

فيجب عليه مهر كامل، وعليها عدَّة مستقبلة بمجرَّد النكاح والطلاق الثانِي.

فإن قلتَ: لو كان مجرد النكاح الثانِي بمنزلة النكاح والدخول لما وقعت البينونة بصريح الطلاق بعد النكاح الثانِي، كما لا تقع البينونة فيما إذا وجد الوطء حقيقةً بعد النكاح.

قلتُ: هذا اعتبارٌ فاسد، فإنَّا ما جعلنا النكاح الثانِي مقام النكاح والدخول من كل وجه، بل أقمناه مقام الدخول في حق تكميل المهر، ووجوب استيناف العدَّة لا غير، فلم يلزم من إقامة النكاح الثانِي مقام الدخول في هذين الحكمين إقامته مقامه في جميع الأحكام، ألا ترى أنَّ الخلوة قائمة مقام الدخول في حق تكميل المهر، ووجوب العدة الكاملة، وغير قائمة مقام الدخول في حق غيرهما، حتى أن صريح الطلاق بعد الخلوة يُبينها، مع أن الخلوة قائمة مقام الدخول في حق ذينك الحكمين، فعُلم بهذا أنه لم يلزم من إقامة النكاح الثانِي مقام الدخول في ذينك الحكمين إقامته مقامه في حقِّ أنَّ صريح الطلاق يعقب الرجعة، وكذلك إن كان النكاح الأول فاسدًا أو كان دخل بِها بشبهة، ثم تزوَّجها نكاحـًا صحيحـًا في العدة، وإن كان النكاح الأول صحيحـًا والثانِي فاسدًا ففرق بينهما قبل الدخول لا يجب المهر بالاتفاق؛ لأن صيرورته قابضـًا باعتبار تمكنه من القبض شرعـًا، وذلك بالعقد الفاسد لا يكون، ألا ترى أن الخلوة في النكاح الفاسد لا توجب المهر والعدة، فهاهُنا كذلك العدة الأولى لم تسقط بمجرد العقد الفاسد، فبقيت معتدة كما كانت ولا مهر لها عليه إذا فرق بينهما قبل الدخول، كذا في «المبسوط» في باب الأكفاء من النكاح.

قوله: لِأَنَّ الأُولَى قَدْ سَقَطَتْ بِالتَّزَوُّجِ فَلَا تَعُودُ، لأنَّ الساقط لا يعود.

قوله: وَجَوَابُهُ مَا قُلْنَا، إشارة إلى **قوله**: وَإِكْمَالُ العِدَّةِ الأُولَى، وإلى **قوله**: وَلَهُمَا أَنَّهَا مَقْبُوضَةٌ فِي يَدِهِ، إلى آخره.

قَالَ: (وَإِذَا طَلَّقَ الذِّمِّيُّ الذِّمِّيَّةَ فَلَا عِدَّةَ عَلَيْهَا وَكَذَا إِذَا خَرَجَتِ الحَرْبِيَّةُ إِلَيْنَا مُسْلِمَةً، فَإِنْ تَزَوَّجَتْ جَازَ إِلَّا أَنْ تَكُونَ حَامِلًا، وَهَذَا كُلُّهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: عَلَيْهَا وَعَلَى الذِّمِّيَّةِ العِدَّةُ) أَمَّا الذِّمِّيَّةُ فَالِاخْتِلَافُ فِيهَا نَظِيرُ الِاخْتِلَافِ فِي نِكَاحِهِمْ مَحَارِمَهُمْ، وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي كِتَابِ النِّكَاحِ، وَقَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ فِيمَا إِذَا كَانَ مُعْتَقَدُهُمْ أَنَّهُ لَا عِدَّةَ عَلَيْهَا، وَأَمَّا المُهَاجِرَةُ فَوَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الفُرْقَةَ لَوْ وَقَعَتْ بِسَبَبٍ آخَرَ وَجَبَتِ العِدَّةُ فَكَذَا بِسَبَبِ التَّبَايُنِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا هَاجَرَ الرَّجُلُ وَتَرَكَهَا لِعَدَمِ التَّبْلِيغِ، وَلَهُ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنكِحُوهُنَّ﴾ [الممتحنة: ١٠] وَلِأَنَّ العِدَّةَ حَيْثُ

قوله: وَكَذَا إِذَا خَرَجَتِ الحَرْبِيَّةُ إِلَيْنَا مُسْلِمَةً، والإسلام ليس بشرطٍ في عدم وجوب العدة عليها، بل الشرط هو الخروج على سبيل المراغمة، أي: المغاضبة، وعلى نية أن لا تعود إلى دار الحرب أبدًا، يقال: راغم فلان قومه إذا نابذهم وخرج عنهم.

والدليل على ما قلنا ما ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله فقال: خرج أحد الزوجين إلينا مسلمًا أو ذميًّا أو مستأمنًا، ثم أسلم أو صار ذميًّا والآخر على حربه ثَمَّ، فقد زالت الزوجية، ثم إن كانت المرأة هي الخارجة فلا عدَّة عليها، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: عليها العدة ولا نفقة لها، وإن كان الخارج هو الرجل فله أن يتزوج أربعًا سواها وفيهنَّ أختها لو وقعت الفرقة بسبب آخر وهو الطلاق.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا هَاجَرَ الرَّجُلُ وَتَرَكَهَا، أي: جاء الزوج إلى دار الإسلام وترك امرأته في دار الحرب لا تجب العدة عليها بالاتفاق، لعدم تبليغ خطاب العدة إليها؛ لأنَّها في دار الحرب.

قوله: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنكِحُوهُنَّ﴾ الآية، فالله تعالى أباح نكاحَ المهاجرة مطلقًا، فتقييد ذلك بما بعد انقضاء العدة يكون زيادة على النص.

وَجَبَتْ كَانَ فِيهَا حَقُّ بَنِي آدَمَ وَالحَرْبِيُّ مُلْحَقٌ بِالجَمَادِ حَتَّى كَانَ مَحَلًّا لِلتَّمَلُّكِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ حَامِلًا لِأَنَّ فِي بَطْنِهَا وَلَدًا ثَابِتَ النَّسَبِ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَجُوزُ نِكَاحُهَا وَلَا يَطَؤُهَا كَالحُبْلَى مِنَ الزِّنَا وَالأَوَّلُ أَصَحُّ.

قوله: إِلَّا أَنْ تَكُونَ حَامِلًا، والفرق بين الحامل والحائل ظاهر؛ لأن الحمل أمنع للنكاح من احتمال الحمل، ألا ترى أنَّ أم الولد يزوجها مولاها إذا كانت حائلًا، ولا يزوجها إذا كانت حاملًا، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: وَالأَوَّلُ أَصَحُّ، وهو أن لا يجوز نكاح المهاجرة إذا كانت حاملًا من أهل الحرب، بخلاف الحبلى من الزنا؛ لأن الحبلى من الزنا لا نسب له وهنا النسب ثابت من الحربيِّ، وباعتبار ثبوت النسب المحل مشغول؛ فلهذا لا يصح النكاح ما لم يفرغ المحل عن حق الغير، كذا في «المبسوط».

ثم لم يذكر في هذا الباب وجوب العدة على الصغيرة والكتابية.

وذكر في «الذخيرة»: إذا طلق الرجل امرأته وهي صغيرة لم تحض وقد دخل بها فعليها أن تعتد بثلاثة أشهر.

وحكي عن الشيخ أبي بكر محمد بن الفضل رحمه الله: إذا كانت الصغيرة مراهقة وقد دخل بها الزوج فعدتها لا تنقضي بالأشهر، بل يوقف حالها إلى أن يظهر أنَّها قد حبلت بذلك الوطء أم لا، فإن ظهر كان عدتها بوضع الحمل، وإن لم يظهر فبثلاثة أشهر، ولو حاضت في الأشهر الثلاثة تستأنف العدة بالحيض.

ثم اختلف مشايخنا في إطلاق إيجاب العدة على الصغيرة، أكثر مشايخنا لا يطلقون لفظ الوجوب؛ لأنَّها غير مخاطبة لكن ينبغي أن يقال: «عِدَتْ بايد داشْتن»، وكذلك تجب العدة على الكتابية إذا كانت تحت مسلم، فيجب عليها ما يجب على المسلمة الحرة كالحرة، والأمة كالأمة، وإن كانت تحت ذمي فلا عدة عليها في موت ولا فراق في قول أبي حنيفة رضي الله عنه.

....

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: عليها العدة؛ لأن في العدَّة حق الزوج وإن كان فيها حق الشرع، والكتابية مخاطبة بحقوق العباد، ولأبي حنيفة رحمه الله أن العدة لو وجبت على الكتابية إما أن تجب لحق الشرع ولا وجهَ إليه؛ لأنَّهم لا يخاطبون بحقوق الشرع، وإمَّا أن تجب لحق الزوج ولا وجهَ إليه أيضا؛ لأنه لا يعتقد ذلك، بخلاف ما إذا كان الزوج مسلمًا؛ لأن هناك العدة يجب حقًّا للشرع؛ لأنه يعتقد ذلك، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(فَصْلٌ)

قَالَ: (وَعَلَى المَبْتُوتَةِ وَالمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا إِذَا كَانَتْ بَالِغَةً مُسْلِمَةً الحِدَادُ) أَمَّا المُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا فَلِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا يَحِلُّ لِامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللهِ وَاليَوْمِ الآخِرِ أَنْ تُحِدَّ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ إِلَّا عَلَى زَوْجِهَا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا» وَأَمَّا

فصلٌ

لمَّا ذكر نفس وجوب العدة، وكيفية الوجوب، وعلى من تجب ذكر في هذا الفصل ما يجب على المعتدات أن يفعلنه وما لا يجب.

يقال: بتَّ طلاق المرأة وأبتَّه، والمبتوتة المرأة، وأصلها المبتوت طلاقها، كذا في «المغرب».

ثم لفظ المبتوتة يقع على ثلاث وهي: المختلعة، والمطلَّقةُ ثلاثًا، والمطلقة بتطليقةٍ بائنةٍ، وذكر في «المغرب»: حداد المرأة ترك زينتها وخضابِها بعد وفات زوجها؛ لأنَّها مُنعت عن ذلك، أو مَنعتْ نفسها عنه، وأصل الحد المنع، وقد أحدَّت إحدادًا فهي محدَّة، حدَّت تُحدُّ حدادًا من حدِّ نصرَ وضربَ، والحِدادُ أيضًا ثيابُ المأتم السود.

قوله: فَلِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا يَحِلُّ لِامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللهِ وَاليَوْمِ الآخِرِ أَنْ تُحِدَّ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ إِلَّا عَلَى زَوْجِهَا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا»، كذا ذكر الحديث في «شرح الآثار»، و«مبسوط فخر الإسلام»، فعلى هذا التمسك به ظاهر؛ لأنه أخبر عن إحدادها، والخبر آكد من الأمر في اقتضاء الوجوب؛ لما عُرف، فكان الإحدادُ عليها واجبًا.

وأمَّا وجه التمسسك بما ذكر في الكتاب من حيث لم يقل: فإنَّها تُحِدُّ، فمحتاج إلى التأويل،

الْمَبْتُوتَةُ فَمَذْهَبُنَا، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لا حِدَادَ عَلَيْهَا لِأَنَّهُ وَجَبَ إِظْهَارُ التَّأَسُّفِ عَلَى فَوْتِ زَوْجٍ وَفِي بُعْدِهَا إِلَى مَمَاتِهِ وَقَدْ أَوْحَشَهَا بِالإِبَانَةِ فَلَا تَأْسَفُ بِفَوْتِهِ، وَلَنَا مَا رُوِيَ

فقد ذكر السؤال والجواب في «الفوائد الظهيريَّة» فقال:

فإن قيل: ما وجه التمسُّك بهذا النص في إيجاب الحِداد، ومقتضى هذا النص إحلال الإحداد للمتوفى عنها زوجها؛ لأن هذا استثناء من التحريم، والاستثناء من التحريم إحلال، ولا كلام في الإحلال وإنما الكلام في الإيجاب؟

قلنا: قوله صلى الله عليه وسلَّم: «لا يَحِلُّ» تحريم ترك التزيّن والتحسُّن، وتحريم الترك إيجابه فيكون هذا استثناءً من الإيجاب، فيكون إيجاباً؛ لأن الأصل أن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه.

ثم قال: وما فاهُوا بما فيه ثلجُ الفؤادِ سوى أنّي سمعتُ هذا من الشيخ الإمام بدر الدين الورسكي(١) رحمه الله، وعلى هذا يمكن أن يقال قوله صلى الله عليه وسلَّم: «لا يَحِلُّ» نفي لإحلال الإحداد، ونفي إحلال الإحداد نفي الإحداد نفسه، فحينئذٍ يكون في المستثنى إثبات الإحداد لا محالةَ، فكان تقدير الحديث: لا تُحِدُّ المرأةُ على ميت فوق ثلاثة أيام إلا المتوفى عنها زوجها، فإنها تُحدّ أربعة أشهر وعشرًا، فكان هذا حينئذٍ إخبارًا بإحداد المتوفَّى عنها زوجها، فكان واجباً لما ذكرنا.

فإن قيل: كيف يجب الإحدادُ، والإحداد هو التأسُّف والتلهُّف على فوت النعم، وقد قال الله تعالى: ﴿لِّكَيْلَا تَأْسَوْا عَلَىٰ مَا فَاتَكُمْ وَلَا تَفْرَحُوا بِمَا آتَاكُمْ﴾ [الحديد: ٢٣]، فكان الحديث حينئذٍ معارضاً للكتاب فلا يقبل؟

قلنا: المراد بما في الآية فرحٌ خاصٌ وأسًى خاصٌ، وهو الفرح مع الصِّياح، والأسى مع الصِّياح، هكذا رُوي عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه.

قوله: وَلَنَا مَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى الْمُعْتَدَّةَ أَنْ تَخْتَضِبَ بِالْحِنَّاءِ»،

(١) مرَّت ترجمته في المجلد الثالث (ص: ٣٣).

«أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - نَهَى الْمُعْتَدَّةَ أَنْ تَخْتَضِبَ بِالْحِنَّاءِ» وَقَالَ: «الْحِنَّاءُ طِيبٌ» وَلِأَنَّهُ يَجِبُ إظْهَارًا لِلتَّأَسُّفِ عَلَى فَوْتِ نِعْمَةِ النِّكَاحِ الَّذِي هُوَ سَبَبٌ

روته أم سلمة رضي الله عنها، وهذا عام في كل عدة؛ ولأنها معتدة من نكاح صحيح، فكانت كالمتوفى عنها زوجها، وتأثيره أن الحداد إظهارُ التأسف على فوت نعمة النكاح، وذلك موجود في المبتوتة كوجوده في المتوفى عنها زوجها، كذا في «المبسوط».

فإن قلتَ: اسم المبتوتة يتناول المختلعة وغيرها، فكيف تتأسف المختلعة وقد افتدت نفسها بالمال برضاها لطلب الخلاص منه؟ وكذلك المبانة كيف تتأسَّف على فراقه وقد جفاها زوجها بالإبانة وآثر غيرَها عليها، وهي تُظهِر السُّرورَ بالتخلص من مثل هذا الزوج دون التأسّف؟

قلتُ: شرعيَّة الحداد دائرة بفوت النكاح الصحيح بالسنة لا لاعتبار وفاء الزوج وجفائه، ألا ترى أن الزوج وإن وفي لها إلى أن فارقها بالممات لا يربُو درجةً على الوالدين الذين هما سببا وجودها وحياتها بعد الوجود، فلم يُشرع الحداد عليها بفراقها بالاتفاق عُلِم بِهذا أن الحداد غير دائر بمجرد فوت من له وفاءٌ، بل هو دائر بفوت نعمة النكاح الذي كان سبباً لصيانتها، فعُلِم بِهذا أن الحداد إنما وجب تعظيمًا لخطر النكاح لا غيرُ، وفي هذا لا يتفاوت المختلعة والمبانة.

فإن قيل: لو كان كذلك لوجب الحداد على الأزواج كما وجب على الزوجات، لما أن نعمة النكاح مشتركة بينهما.

قلنا: النكاح أصلح في حق الزوجات لما فيه من صيانتهن؛ لأنهنَّ لَحْمٌ على وَضَمٍ، ودرور النفقة عليهنَّ لأنَّهن ضعايفُ عن التكسب وعواجزُ عن التقلُّب.

قال شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده[1] رحمه الله: الحداد ما وجب إلا تبعًا للعدة، والعدَّةُ تجب على الزوجات، فكذلك الحداد.

---

(١) مرَّت ترجمته في المجلد الثاني (ص: ٤٩) وأيضاً (ص: ١٥٠).

لِصَوْنِهَا وَكِفَايَةُ مُؤَنِهَا، وَالإِبَانَةُ أَقْطَعُ لَهَا مِنَ المَوْتِ حَتَّى كَانَ لَهَا أَنْ تُغَسِّلَهُ مَيِّتًا قَبْلَ الإِبَانَةِ لا بَعْدَهَا (وَالحِدَادُ) وَيُقَالُ الإِحْدَادُ وَهُمَا لُغَتَانِ (أَنْ تَتْرُكَ الطِّيبَ وَالزِّينَةَ وَالكُحْلَ وَالدُّهْنَ المُطَيِّبَ وَغَيْرَ المُطَيِّبِ إِلَّا مِنْ عُذْرٍ، وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ إِلَّا مِنْ وَجَعٍ) وَالمُعْتَدُّ فِيهِ وَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ إِظْهَارِ التَّأَسُّفِ، وَالثَّانِي: أَنَّ هَذِهِ الأَشْيَاءَ دَوَاعِي الرَّغْبَةِ فِيهَا وَهِيَ مَمْنُوعَةٌ عَنِ النِّكَاحِ فَتَجْتَنِبُهَا كَيْ لا تَصِيرَ ذَرِيعَةً إِلَى الوُقُوعِ فِي المُحَرَّمِ، وَقَدْ صَحَّ أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - لَمْ يَأْذَنْ لِلْمُعْتَدَّةِ فِي الاكْتِحَالِ، وَالدُّهْنُ لا يَعْرَى عَنْ نَوْعِ طِيبٍ وَفِيهِ زِينَةُ الشَّعْرِ، وَلِهَذَا يُمْنَعُ المُحْرِمُ عَنْهُ قَالَ: إِلَّا مِنْ عُذْرٍ لِأَنَّ فِيهِ ضَرُورَةً، وَالمُرَادُ الدَّوَاءُ لا الزِّينَةُ، وَلَوِ اعْتَادَتِ الدُّهْنَ فَخَافَتْ وَجَعًا، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ أَمْرًا ظَاهِرًا يُبَاحُ لَهَا لِأَنَّ الغَالِبَ كَالوَاقِعِ، وَكَذَا لُبْسُ الحَرِيرِ إِذَا احْتَاجَتْ إِلَيْهِ لِعُذْرٍ لا بَأْسَ بِهِ.

(وَلا تَخْتَضِبُ بِالحِنَّاءِ) لِمَا رَوَيْنَا (وَلا تَلْبَسُ ثَوْبًا مَصْبُوغًا بِعُصْفُرٍ وَلا بِزَعْفَرَانٍ) لِأَنَّهُ يَفُوحُ مِنْهُ رَائِحَةُ الطِّيبِ.

وقال الإمام الزرنكريّ[1] رحمه الله: الحداد لا يجب على خمس نسوة: المطلقة طلاقًا رجعيًّا؛ لأن النكاح لم ينقطع به، والمعتدة عن نكاح فاسد؛ لأن النكاح الفاسد ليس بنعمة، والكتابيَّة، والصبيَّة؛ لأنَّهما لا تُخاطبان بحقوق الشرع، بخلاف العدَّة فإنَّها عبارة عن مجرَّد مُضيّ المدة، فثبوتُها في حقِّهما لا يؤدي إلى توجه خطاب الشرع بخلاف الحداد، وأم الولد إذا أعتقت؛ لأن زوال الرقِّ نعمةٌ فلا يليق فيه إيجاب التأسُّف، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: وَالْمَعْنَى فِيْهِ، أي: في إيجاب ترك الطيب والزينة.

---

(١) مرَّت ترجمته في المجلد الثاني (ص: ٣٦).

قَالَ: (وَلَا حِدَادَ عَلَى كَافِرَةٍ) لِأَنَّهَا غَيْرُ مُخَاطَبَةٍ بِحُقُوقِ الشَّرْعِ (وَلَا عَلَى صَغِيرَةٍ) لِأَنَّ الخِطَابَ مَوْضُوعٌ عَنْهَا (وَعَلَى الأَمَةِ الإِحْدَادُ) لِأَنَّهَا مُخَاطَبَةٌ بِحُقُوقِ اللهِ تَعَالَى فِيمَا لَيْسَ فِيهِ إِبْطَالُ حَقِّ المَوْلَى، بِخِلَافِ المَنْعِ مِنَ الخُرُوجِ لِأَنَّ فِيهِ إِبْطَالَ حَقِّهِ وَحَقُّ العَبْدِ مُقَدَّمٌ لِحَاجَتِهِ.

قَالَ: (وَلَيْسَ فِي عِدَّةِ أُمِّ الوَلَدِ وَلَا فِي عِدَّةِ النِّكَاحِ الفَاسِدِ إِحْدَادٌ، لِأَنَّهَا مَا فَاتَهَا نِعْمَةُ النِّكَاحِ لِتُظْهِرَ التَّأَسُّفَ، وَالإِبَاحَةُ أَصْلٌ، وَلَا يَنْبَغِي أَنْ تُخْطَبَ المُعْتَدَّةُ،

قوله: لِأَنَّهَا غَيْرُ مُخَاطَبَةٍ بِحُقُوقِ الشَّرْعِ، والحدادُ من حقوق الشرع، وهذا لو أمر الزوج بترك الحداد لا يحل لها ترك الحداد، ولو كان حق العبد لكان له هذه الولاية، ولأن في قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «لا يَحِلُّ لِامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللهِ وَاليَوْمِ الآخِرِ»، إلى آخره، إشارة فيه إلى أنه حقُّ الله.

قوله: لِأَنَّ فِيهِ إِبْطَالَ حَقِّهِ، أي: حق المولى، وحق المولى مقدم على حق الله لحاجته، ولهذا كان للمولى أن يمنع أمته عن أداء النوافل، ويمنع عبده عن الجمع.

قوله: لِأَنَّهَا مَا فَاتَهَا نِعْمَةُ النِّكَاحِ، فإن قلتَ: وجوب الحداد معلولٌ بعلتين مستقلتين على ما ذُكر في الكتاب:

إحداهما: إظهار التأسف لفوت نعمة النكاح، والثانية: أن هذه الأشياء دواعي الرغبة فيها، وهي ممنوعة عن ذلك في العدة، ثم في حق أم الولد والمعتدة عن نكاح فاسد إن لم يوجد العلَّةُ الأولى فقد وُجدت العلة الثانية، وهي تامَّةٌ بنفسها فإنَّهما ممنوعتان عن النكاح حال قيام عدتهما، فكان ينبغي أن يجب الحداد عليهما لوجود العلة الأخيرة فيهما.

قلتُ: تلك حكمة وليست بعلَّة لما ذكرنا من دوران وجوب الحداد بفوت نعمة النكاح، والحُكم يدور مع العلة لا مع الحكمة؛ لما عُرف في مسألة الاستبراء.

قوله: وَالإِبَاحَةُ أَصْلٌ، أي: إباحة الزينة أصل خصوصاً في حق النساء، قال الله تعالى:

وَلا بَأْسَ بِالتَّعْرِيضِ فِي الخِطْبَةِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ﴾ [البقرة: ٢٣٥] إِلَى أَنْ قَالَ ﴿وَلَكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ [البقرة: ٢٣٥] وَقَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -: «السِّرُّ النِّكَاحُ» وَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا -: التَّعْرِيضُ أَنْ يَقُولَ: إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَتَزَوَّجَ، وَعَنْ سَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - فِي القَوْلِ المَعْرُوفِ: إِنِّي فِيكِ لَرَاغِبٌ وَإِنِّي أُرِيدُ أَنْ نَجْتَمِعَ.

﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ٱلَّتِيٓ أَخْرَجَ لِعِبَادِهِۦ﴾ [الأعراف: ٣٢].

قوله: وَلا بَأْسَ بِالتَّعْرِيضِ فِي الخِطْبَةِ، أراد بها المتوفَّى عنها زوجها؛ لأن التعريض لا يجوز للمطلقة؛ لأنه لا يجوز لها الخروج من منزلها أصلًا، فلا يتمكن من التعريض لها على وجه لا يخفى على الناس، فأمَّا المتوفى عنها زوجها يباح لها الخروج نهارًا، فيمكنه التعريض على وجه لا يقف عليه سواها، كذا في «شرح التأويلات».

قوله: لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ﴾، التعريض أن يذكر شيئًا يدل به على شيءٍ لم يذكره، كما يقول المحتاج للمحتاج إليه: جئتُك لأسَلِّم عليك، ولأنظر إلى وجهك الكريم، ولذلك قالوا: وحسبُك بالتسليم منِّي تقاضيًا، والكناية ذكرُ الرديف وإرادة المردوف، كقولك: فلان طويل النِّجاد وكثير الرَّماد، يعني: أنه طويلُ القامة ومِضْياف، والتعريض في الخِطبة أن يقول: إنك لجميلةٌ ومن غرضي أن أتزوَّج، أو: أكننتم في أنفسكم، أي: سترتم في قلوبكم، فلم تذكروه بألسنتكم، لا مُعرِّضين ولا مُصرِّحين.

والمستدرك بقوله تعالى: ﴿وَلَكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ﴾ محذوفٌ تقديره: علم الله أنكم ستذكرونَّهن فاذكروهنَّ ولكن لا تواعدوهنَّ سرًّا، أي: وطئًا؛ لأنه ممَّا يُسَرُّ إلا أن تقولوا قولاً معروفًا، وهو أن تُعرِّضوا ولا تُصرِّحوا، والاستثناء يتعلق بلا تواعدوهنَّ، أي: لا تواعدوهنَّ مواعدةً قطُّ إلا معروفة، كذا في «الكشاف».

(وَلا يَجُوزُ لِلْمُطَلَّقَةِ الرَّجْعِيَّةِ وَالمَبْتُوتَةِ الخُرُوجُ مِنْ بَيْتِهَا لَيْلًا وَلا نَهَارًا، وَالمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا تَخْرُجُ نَهَارًا وَبَعْضَ اللَّيْلِ وَلا تَبِيتُ فِي غَيْرِ مَنْزِلِهَا) أَمَّا المُطَلَّقَةُ فَلِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾ [الطلاق: ١] قِيلَ الفَاحِشَةُ نَفْسُ الخُرُوجِ، وَقِيلَ الزِّنَا، وَيَخْرُجْنَ لِإِقَامَةِ الحَدِّ، وَأَمَّا المُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا فَلِأَنَّهُ لا نَفَقَةَ لَهَا فَتَحْتَاجُ إِلَى الخُرُوجِ نَهَارًا

قوله: وَلَا يَجُوزُ لِلْمُطَلَّقَةِ الرَّجْعِيَّةِ وَالمَبْتُوتَةِ، إلى آخره، ولا ينبغي للمطلقة أن تخرج من المسكن الذي كانت فيه وقت المفارقة أيِّ مطلقة كانت، إلا إذا اضطرت نحو أن خافت سقوطه، أو يُغارُ على نفسها أو مالها، أو أخرجها أهل المنزل، بأن كانت تسكن بكراءٍ، وكان زوجها غائبًا وأخذها أهل المنزل بالأجرة، فينبغي أن تُعطِيَ الأجر وتسكن، إلا أن لا تقدر على الأجرة، وإن كانت في غير ذلك المنزل زائرةً كان عليها أن تعود إليه من غير تأخير، وكذا لو كان الزوج معها، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قوله: قِيلَ الفَاحِشَةُ نَفْسُ الخُرُوجِ، قاله إبراهيم النخعي رحمه الله، وبه أخذ أبو حنيفة رضي الله عنه، فكان معناه: إلا أن يكون خروجها فاحشة، كما يقال: لا يسُبُّ النبيَّ إلا كافرًا، ولا يزني إلا أن يكون فاسقاً.

قوله: وَقِيلَ الزِّنَا، يعني: أن تزني فتخرج لإقامة الحد عليها، قاله ابن مسعود رضي الله عنه، وبه أخذ أبو يوسف رحمه الله.

وقال ابن عباس رضي الله عنهما: الفاحشة: نشوزها وأن تكون بذيّة اللسان تبذو على أحماءِ زوجها، وما قاله ابن مسعود رضي الله عنه أصح؛ لأن (إلا أن) غايةٌ، والشيء لا يُجعل غايةً لنفسه، وما ذكره إبراهيم محتمل أيضًا.

قوله: وَأَمَّا المُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا، فلها أن تخرج بالنهار لحوائجها، ولكنها لا تبيتُ في غير منزلها؛ لما رُوي: «أن فُريعة بنت مالك بن أبي سنان أُخت أبي سعيد الخدري رضي

لِطَلَبِ المَعَاشِ، وَقَدْ يَمْتَدُّ إِلَى أَنْ يَهْجُمَ اللَّيْلُ، وَلا كَذَلِكَ المُطَلَّقَةُ لِأَنَّ النَّفَقَةَ دَارَةٌ عَلَيْهَا مِنْ مَالِ زَوْجِهَا، حَتَّى لَوِ اخْتَلَعَتْ عَلَى نَفَقَةِ عِدَّتِهَا قِيلَ: إِنَّهَا تَخْرُجُ نَهَارًا، وَقِيلَ لا تَخْرُجُ لِأَنَّهَا أَسْقَطَتْ حَقَّهَا فَلَا يَبْطُلُ بِهِ حَقٌّ عَلَيْهَا.

(وَعَلَى المُعْتَدَّةِ أَنْ تَعْتَدَّ فِي المَنْزِلِ الَّذِي يُضَافُ إِلَيْهَا بِالسُّكْنَى حَالَ وُقُوعِ الفُرْقَةِ وَالمَوْتِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١]، وَالبَيْتُ المُضَافُ إِلَيْهَا هُوَ البَيْتُ الَّذِي تَسْكُنُهُ، وَلِهَذَا لَوْ زَارَتْ أَهْلَهَا وَطَلَّقَهَا زَوْجُهَا كَانَ عَلَيْهَا أَنْ تَعُودَ إِلَى مَنْزِلِهَا فَتَعْتَدَّ فِيهِ وَقَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - لِلَّتِي قُتِلَ زَوْجُهَا «اُسْكُنِي فِي بَيْتِكِ حَتَّى يَبْلُغَ الكِتَابُ أَجَلَهُ» (وَإِنْ كَانَ نَصِيبُهَا مِنْ دَارِ المَيِّتِ لا يَكْفِيهَا فَأَخْرَجَهَا الوَرَثَةُ مِنْ نَصِيبِهِمْ) انْتَقَلَتْ، لِأَنَّ هَذَا انْتِقَالٌ بِعُذْرٍ، وَالعِبَادَاتُ تُؤَثِّرُ فِيهَا الأَعْذَارُ فَصَارَ كَمَا إِذَا خَافَتْ عَلَى مَتَاعِهَا أَوْ خَافَتْ سُقُوطَ المَنْزِلِ، أَوْ كَانَتْ فِيهَا بِأَجْرٍ وَلا تَجِدُ مَا تُؤَدِّيهِ.

الله عنه جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلَّم بعد وفاة زوجها، تستأذنه أن تعتدَّ في بني خُدرة فقال: أُمكُثي في بيتك حتى تنقضي عدتك»، ولم ينكر عليها خروجها للاستفتاء، كذا في «المبسوط».

قوله: وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِلَّتِي قُتِلَ زَوْجُهَا، وهي فريعة أخت أبي سعيد الخدري رضي الله عنهما في رواية «مبسوط فخر الإسلام» رحمه الله: «لمَّا قُتل زوجها جاءت إلى رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم استأذنت أن تعتد في بني خُدرة لا في بيت زوجها، فأذن لها رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم، فلمَّا خرجت من عند رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم دعاها فقال لها: أعيدي المسألة، فأعادت فقال لها: لا حَتَّى يَبْلُغَ الكِتَابُ أَجَلَهُ»، أي: الذي كتب عليها وهو العدة، يعني لا تخرجي حتى تنقضي عدتك.

قوله: وَلا تَجِدُ مَا تُؤَدِّيهِ، أي: فحينئذٍ كان لها أن تخرج كالمسافر إذا وجد الماء بثمن

(ثُمَّ إِنْ وَقَعَتِ الفُرْقَةُ بِطَلَاقٍ بَائِنٍ أَوْ ثَلَاثٍ لا بُدَّ مِنْ سُتْرَةٍ بَيْنَهُمَا ثُمَّ لا بَأْسَ بِهِ) لِأَنَّهُ مُعْتَرَفٌ بِالحُرْمَةِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ فَاسِقًا يُخَافُ عَلَيْهَا مِنْهُ فَحِينَئِذٍ تَخْرُجُ لِأَنَّهُ عُذْرٌ، وَلا تَخْرُجُ عَمَّا انْتَقَلَتْ إِلَيْهِ، وَالأَوْلَى أَنْ يَخْرُجَ هُوَ وَيَتْرُكَهَا (وَإِنْ جَعَلَا بَيْنَهُمَا امْرَأَةً ثِقَةً تَقْدِرُ عَلَى الحَيْلُولَةِ فَحَسَنٌ، وَإِنْ ضَاقَ عَلَيْهِمَا المَنْزِلُ فَلْتَخْرُجْ، وَالأَوْلَى خُرُوجُهُ). (وَإِذَا خَرَجَتِ المَرْأَةُ مَعَ زَوْجِهَا إِلَى مَكَّةَ فَطَلَّقَهَا ثَلَاثًا أَوْ مَاتَ عَنْهَا فِي غَيْرِ مِصْرٍ، فَإِنْ كَانَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ مِصْرِهَا أَقَلُّ مِنْ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ رَجَعَتْ إِلَى مِصْرِهَا) لِأَنَّهُ

مثله، فإن كان عنده الثمن فليس له أن يتيمَّم، وإن لم يكن عنده الثمن فله أن يتيمَّم.

قوله: ثُمَّ إِنْ وَقَعَتِ الفُرْقَةُ بِطَلَاقٍ بَائِنٍ أَوْ ثَلَاثٍ لا بُدَّ مِنْ سُتْرَةٍ بَيْنَهُمَا، يعني: إذا لم يكن للزوج إلا بيت واحد، وكذا هذا في الوفاة إذا كان من ورثته من ليس بمحرمٍ لها، كذا في «المبسوط».

قوله: ثُمَّ لا بَأْسَ بِهِ، أي: بالمساكنة بعد اتخاذ السُّترة.

قوله: وَالأَوْلَى أَنْ يَخْرُجَ هُوَ وَيَتْرُكَهَا؛ لأن مكثها في منزل الزوج واجبٌ، ومكثه فيه ليس بواجب فيكون انتقاله أولى، وإن انتقلت المرأة كان تعيين الموضع الذي ينتقل إليه إلى الزوج، وفي الوفاة تعيينه إليها؛ لأنها مستبدة في أمر السكنى فيكون التعيين إليها.

قوله: فَإِنْ كَانَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ مِصْرِهَا أَقَلُّ مِنْ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ رَجَعَتْ إِلَى مِصْرِهَا، أي: سواءٌ كان مقصدها مدَّة سفر أو دونها.

أمَّا إذا كان مقصدها مدة سفر فظاهر؛ لأن المضي إلى مقصدها يكون سفرًا والرجوع لا، وأمَّا إذا كان دونها فترجع أيضـًا؛ لأنَّها كما رجعت تصير مقيمة، وإذا مضت تكون مسافرةً ما لم تصل إلى المقصد، فإذا قدرت على الامتناع من استدامة السفر في العدَّة تعيّن عليها ذلك، وإن كان بينها وبين مقصدها دون مسيرة سفر، وبينها وبين منزلها مسيرةُ سفر مضت إلى مقصدها ولم ترجع؛ لأنَّها إن مضت لا تكون مُنشِئةً سفرًا ولا سائرةً في العدَّة مدة سفر،

لَيْسَ بِابْتِدَاءِ الخُرُوجِ مَعْنًى بَلْ هُوَ بِنَاءٌ (وَإِنْ كَانَتْ مَسِيرَةَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ إِنْ شَاءَتْ رَجَعَتْ وَإِنْ شَاءَتْ مَضَتْ سَوَاءٌ كَانَ مَعَهَا وَلِيٌّ أَوْ لَمْ يَكُنْ) مَعْنَاهُ إِذَا كَانَ إِلَى المَقْصِدِ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ أَيْضًا لِأَنَّ المُكْثَ فِي ذَلِكَ المَكَانِ أَخْوَفُ عَلَيْهَا مِنَ الخُرُوجِ، إِلَّا أَنَّ الرُّجُوعَ أَوْلَى لِيَكُونَ الِاعْتِدَادُ فِي مَنْزِلِ الزَّوْجِ. قَالَ: (إِلَّا أَنْ يَكُونَ طَلَّقَهَا أَوْ مَاتَ عَنْهَا زَوْجُهَا فِي مِصْرٍ فَإِنَّهَا لَا تَخْرُجُ حَتَّى تَعْتَدَّ ثُمَّ تَخْرُجَ إِنْ كَانَ لَهَا مَحْرَمٌ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إِنْ كَانَ مَعَهَا مَحْرَمٌ فَلَا بَأْسَ بِأَنْ تَخْرُجَ مِنَ المِصْرِ قَبْلَ أَنْ تَعْتَدَّ) لَهُمَا أَنَّ نَفْسَ الخُرُوجِ مُبَاحٌ دَفْعًا لِأَذَى الغُرْبَةِ وَوَحْشَةِ الوَحْدَةِ فَهَذَا عُذْرٌ، وَإِنَّمَا الحُرْمَةُ لِلسَّفَرِ وَقَدِ ارْتَفَعَتْ بِالمُحْرِمِ، وَلَهُ أَنَّ العِدَّةَ أَمْنَعُ مِنَ الخُرُوجِ مِنْ عَدَمِ المُحْرِمِ، فَإِنَّ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَخْرُجَ إِلَى مَا دُونَ السَّفَرِ بِغَيْرِ مُحْرِمٍ وَلَيْسَ لِلْمُعْتَدَّةِ ذَلِكَ، فَلَمَّا حُرِّمَ عَلَيْهَا الخُرُوجُ إِلَى السَّفَرِ بِغَيْرِ المُحْرِمِ فَفِي العِدَّةِ أَوْلَى.

وإن رجعت كانت مُنشئة سفرًا، فلهذا مضت إلى مقصدها.

وإن كان كل واحد من الجانبين مسيرة سفرٍ، فإن كان في الطلاق أو موت الزوج في موضعٍ لا يقدر على المُقام فيه كالمفازة توجَّهت إلى أيِّ الجانبين شاءت، سواءٌ كانت معها محرم أو غير محرم، وينبغي لها أن تختار أقرب الجانبين، وهي في هذه المسألة كالتي أسلمت في دار الحرب لها أن تهاجر بغير محرم؛ لأنَّها خائفة على نفسها ودينها فهذه في المفازة كذلك.

قوله: وَلَهُ أَنَّ العِدَّةَ أَمْنَعُ مِنَ الخُرُوجِ مِنْ عَدَمِ المُحْرِمِ، بالدليل الذي ذكرتم، وفقد المحرم هاهُنا يمنعها من الخروج بالاتفاق، فلأَن يمنعها العدة من الخروج وإنَّها ليست في موضع مخوف أوْلَى.

بخلاف ما إذا كانت في المفازة، فإن فقد المحرم هناك لا يمنعها من الخروج؛ لأنها ليست في موضع القرار، هذا كله من «المبسوط»، والله تعالى أعلم.

(بَابُ ثُبُوتِ النَّسَبِ)

(وَمَنْ قَالَ إنْ تَزَوَّجْتُ فُلَانَةَ فَهِيَ طَالِقٌ فَتَزَوَّجَهَا فَوَلَدَتْ وَلَدًا لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ تَزَوَّجَهَا فَهُوَ ابْنُهُ وَعَلَيْهِ المَهْرُ) أَمَّا النَّسَبُ فَلِأَنَّهَا فِرَاشُهُ، لِأَنَّهَا لَمَّا جَاءَتْ بِالوَلَدِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ النِّكَاحِ فَقَدْ جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْهَا مِنْ وَقْتِ الطَّلَاقِ فَكَانَ

باب ثبوت النسب

لمَّا ذكر أنواع المعتدات من ذوات الحيض، والأشهر، والأحمال، ذكر في هذا الباب ما يلزم من اعتداد ذوات الأحمال، وهو ثبوت النسب.

قوله: فَوَلَدَتْ وَلَدًا لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ، أي: من غير زيادة ولا نقصان؛ لأنه إذا زاد منها أو نقص لا يثبت النسب.

قوله: مِنْ يَوْمِ تَزَوَّجَهَا، والمراد من اليوم الحين والوقت، أي: من حين تزوجها.

قوله: فَقَدْ جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْهَا، أي: من ستة أشهر من وقت الطلاق؛ لأن الطلاق مشروطٌ والمشروط يتعقب الشرط، وإن لطف فيكون العلوق ثابتًا قبل الطلاق، وستة أشهر من وقت التزوج.

وفي «الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله: فإن قيل: إذا جاءت بالولد لستة أشهر من وقت التزوج ينبغي أن لا يثبت النسب؛ لأنه كما تزوج يقع الطلاق، فهذا نكاح لا يتصور فيه الوطء والإعلاق، وبدون ذلك لا يثبت النسب، ألا ترى أن امرأة الصبي لو جاءت بولد لا يثبت النسب.

الْعُلُوقُ قَبْلَهُ فِي حَالَةِ النِّكَاحِ وَالتَّصَوُّرُ ثَابِتٌ بِأَنْ تَزَوَّجَهَا وَهُوَ يُخَالِطُهَا فَوَافَقَ الْإِنْزَالُ النِّكَاحَ وَالنَّسَبُ يُحْتَاطُ فِي إِثْبَاتِهِ، وَأَمَّا الْمَهْرُ فَلِأَنَّهُ لَمَّا ثَبَتَ النَّسَبُ مِنْهُ جُعِلَ وَاطِئًا حُكْمًا فَتَأَكَّدَ الْمَهْرُ بِهِ.

قلنا: القياس كذلك وهو قول زفر وقول محمد الأول، وفي الاستحسان وهو قول محمد الآخر يثبت النسب؛ لأن النسب يُحتالُ فيه ويمكن إثباته من هذا الزوج، بأن يجعل كأنه تزوَّجها وهو على بطنها يُخالطها، والناس يسمعون كلامهما فيكون العلوق حاصلًا بعد تمام النكاح مقارنًا للطلاق؛ لأن الطلاق لا يقعُ إلا بعد تمام الشرط وزوالُ الفراش حكم الطلاق، فيكون العلوق حاصلًا قبل زوال الفراش ضرورةً، فيثبت النسبُ، وهذا وإن كان نادرًا إلا أن النسب يُحتاط فيه فيجبُ بناؤه على هذا النَّادر.

وحاصله أنَّها إذا جاءت به لأقلَّ من ستة أشهر من حين تزوَّجها لا يثبت النسب؛ لأن علوق هذا الولد كان سابقًا على النكاح قبل ثبوت الفراش، فلا يكون منه، وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر لا يثبت النسب أيضًا؛ لأنه حين طلقها حكمنا أنه لا عدَّة عليها؛ لأنَّها مطلقة قبل الدخول والخلوة، ولم يتيقن ببطلان هذا الحكم لاحتمال أنَّه علق من زوج آخر بعد الطلاق، بخلاف ما إذا جاءت به لستة أشهر من وقت التزوَّج فقد جاءت بالولد لأقل من ستَّة أشهر من وقت الطلاق، فتيقَّنا بقيام الولد في البطن وقتَ الطَّلاق، فبعد ذلك إمَّا أن يكون منه أو من غيره، فجعلنا العلوقَ منه احتياطًا لأمر النسب؛ إذ لو جعلنا هذا من علوقٍ قبل النكاح من زوج آخر وذلك الزوج ليس بمعلوم كان فيه إضاعةُ الولد، وإبطالُ النكاح الجائز، والطلاق الواقع من حيث الظاهر، وإحالةُ الولد إلى أبعد الأوقات، وذلك لا يجوز فجعلناه منه.

وذكر فخر الإسلام رحمه الله أن هذه المسألة من الخواص، أي: من خواص مسائل «الجامع الصغير»، ثم قال: المراد من قوله: يوم تزوجها، حين تزوجها.

قوله: وَعَلَيْهِ الْمَهْرُ، وفي القياس وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله: مهر ونصف مهر، أمَّا النصف فللطلاق قبل الدخول، وأمَّا المهر فبالدخول، وذكر الإمام التمرتاشي رحمه

(وَيَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِ المُطَلَّقَةِ الرَّجْعِيَّةِ إذَا جَاءَتْ بِهِ لِسَنَتَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ مَا لَمْ تُقِرَّ بِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا) لِاحْتِمَالِ العُلُوقِ فِي حَالَةِ العِدَّةِ لِجَوَازِ أَنَّهَا تَكُونُ مُمْتَدَّةَ الطُّهْرِ (وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْ سَنَتَيْنِ بَانَتْ مِنْ زَوْجِهَا بِانْقِضَاءِ العِدَّةِ) وَثَبَتَ نَسَبُهُ لِوُجُودِ العُلُوقِ فِي النِّكَاحِ أَوْ فِي العِدَّةِ فَلَا يَصِيرُ مُرَاجِعًا لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ العُلُوقَ قَبْلَ الطَّلَاقِ وَيَحْتَمِلُ بَعْدَهُ فَلَا يَصِيرُ مُرَاجِعًا بِالشَّكِّ.

الله: وعن نصير رحمه الله: تزوج امرأةً في حال ما يطأها فعليه مهران، مهرٌ بالزنا؛ لأنه سقطَ الحدُّ حين تزوَّجها قبل تمامه، ومهرٌ بالنكاح؛ لأن هذا أكثر من الخلوة.

وفي «المنتقى»: لا يكون به محصناً، وفي «شرح أبي اليُسر» رحمه الله: لو قال: إن تزوجتُ فلانةَ فهي طالق ثلاثًا، فتزوَّجها ودخل بها ينبغي أن لا يجب عليهما الحدُّ ويجب المهرُ، وقالوا: يجب عليهما، قال: قد كنتُ أفتيت بالوجوب على الحالف، وهو الظاهر من مذهب أصحابنا من مالَ إليه لم يكن مُخطئاً.

وفي «جمع النسفي»: لو جاءت بولدٍ فإنه يرثه، وهو منصوصٌ عن أصحابنا، وإن حرمت عليه بالثلاث فلم يبقَ نكاح ولا عدَّة، ولكن لمَّا كان فصلًا مجتهدًا فيه لم ينقطع النسب.

قوله: وَيَحْتَمِلُ بَعْدَهُ فَلَا يَصِيرُ مُرَاجِعًا بِالشَّكِّ، فإن قيل: ينبغي أن يصير مراجعًا؛ لأن الوطء هاهُنا حلال فأحيل العلوق إلى أقرب الأوقات وهي حالة العدة، فتثبت به المراجعة.

قلنا: في ذلك حمل أمره على خلاف السنة؛ لأنه يصير مراجعًا لها بدون الإشهاد بالفعل، فأحيل العلوق إلى ما قبل الطلاق صيانةً لحاله، كذا في «مبسوط شيخ الإسلام».

فإن قيل: أين ذهب قولكم أن العلوق حادث، والأصل في الحوادث أن يحال بحدوثها على أقرب الأوقات فقد وقعتم هاهُنا في الذي أبيتم؟

قلنا: الجواب ما أسلفناه أنَّ الحوادث إنما تحال على أقرب الأوقات إذا لم يتضمن إبطال حكم ثابت أو ترك العمل بالمقتضي، وهاهُنا يتضمن ترك العمل بالمقتضي؛ لأن

(وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَكْثَرَ مِنْ سَنَتَيْنِ كَانَتْ رَجْعَةً) لِأَنَّ العُلُوقَ بَعْدَ الطَّلَاقِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ مِنْهُ لِانْتِفَاءِ الزِّنَا مِنْهَا فَيَصِيرُ بِالوَطْءِ مُرَاجِعًا. (وَالمَبْتُوتَةُ يَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِهَا إِذَا جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْ سَنَتَيْنِ) لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الوَلَدُ قَائِمًا وَقْتَ الطَّلَاقِ فَلَا يَتَيَقَّنُ بِزَوَالِ الفِرَاشِ قَبْلَ العُلُوقِ فَيَثْبُتُ النَّسَبُ احْتِيَاطًا (فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِتَمَامِ سَنَتَيْنِ مِنْ وَقْتِ

الطلاق الرجعيّ يقتضي البينونة عند انقضاء العدة، وهذا المقتضي يُترك على تقدير الرجعة، وهذا كله إذا لم تقر بانقضاء العدة، أمّا إذا أقرَّت بانقضاء العدة بعد الطلاق البائن أو الرجعي في مدَّة يصلح لثلاثة أقراء، والمدَّة التي تصلح لذلك عند أبي حنيفة رضي الله عنه ستُّون يومًا، وعندهما تسعة وثلاثون يومًا.

فإن ولدت لأقلَّ من ستة أشهر من وقت الإقرار يثبت النسب، لتيقُّننا ببطلان الإقرار، وكذلك المتوفَّى عنها زوجها إذا أقرَّت بانقضاء العدة بعد انقضاء أربعة أشهرٍ وعشرٍ فهو على هذا التفصيل، وإن لم يُقِرَّ ثبتت نسبها إلى سنتين؛ لأن عدَّة الوفاة محتملة بانقضاء أربعة أشهر وعشرٍ وبوضع الحمل؛ وقد ذكرنا أنَّ آية الحمل قاضية على آية الأشهر، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ مِنْهُ لِانْتِفَاءِ الزِّنَا مِنْهَا فَيَصِيرُ بِالوَطْءِ مُرَاجِعًا، فإن قلتَ: هاهُنا وجه آخر من غير أن يلزم الزنا منها، وهو أن يحمل أمرها على أنَّها تزوجت بعد انقضاء عدتها زوجًا آخر، ولو قلتَ: إن الكلام فيما إذا لم يتزوج المرأة، قلتُ كما أن الكلام هناك، كذلك الكلام في أنه لم يطأها في العدة؛ إذ لو وطئها تثبت الرجعة من غير تقدير هذا التكلف، فلمَّا كان كذلك كان حمل أمرها على التزوج بزوج آخر أَوْلَى؛ لما فيه من رعاية الأصل الذي قد مرَّ آنفـًا وهو أن لا تثبت الرجعة بالشك.

قلتُ: نعم كذلك، إلا أن الحكم بإبقاء النكاح الأول عند الاحتمال أسهل من الحكم بإنشاء نكاح آخر فيجبُ القول به، إلى هذا أشار فخر الإسلام رحمه الله في «مبسوطه».

قوله: فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِتَمَامِ سَنَتَيْنِ مِنْ وَقْتِ الفُرْقَةِ لَمْ يَثْبُتْ، فبهذا يعلم أن تمام السنتين

الفُرْقَةِ لَمْ يَثْبُتْ) لِأَنَّ الحَمْلَ حَادِثٌ بَعْدَ الطَّلَاقِ فَلَا يَكُونُ مِنْهُ لِأَنَّ وَطْأَهَا حَرَامٌ.

قَالَ: (إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَهُ) لِأَنَّهُ التَزَمَهُ، وَلَهُ وَجْهٌ بِأَنْ وَطِئَهَا بِشُبْهَةٍ فِي العِدَّةِ (فَإِنْ كَانَتِ المَبْتُوتَةُ صَغِيرَةً يُجَامَعُ مِثْلُهَا فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ لِتِسْعَةِ أَشْهُرٍ لَمْ يَلْزَمْهُ حَتَّى تَأْتِيَ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْ تِسْعَةِ أَشْهُرٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَثْبُتُ النَّسَبُ مِنْهُ إِلَى سَنَتَيْنِ) لِأَنَّهَا مُعْتَدَّةٌ يَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ حَامِلًا وَلَمْ تُقِرَّ بِانْقِضَاءِ العِدَّةِ

ملحق بأكثر السنتين في حق عدم ثبوت النسب.

ولكن هذه الرواية على هذا التقدير كانت مخالفة لرواية «الإيضاح»، و«شرح الطحاوي»، و«شرح الأقطع»، وللرواية التي تجيء بعد هذا في الكتاب أيضاً وهي قوله: وَأَكْثَرُ مُدَّةِ الحَمْلِ سَنَتَانِ، فإنَّ فيها ألحقت السنتان بأقل السنتين حتى أثبتوا النسب إذا جاءت به لتمام السنتين.

ولفظ الحديث يؤيدُ صحة جواب تلك الروايات على ما يجيء بعد هذا، حيث اشترط فيه لعدم ثبوت النسب أكثر السنتين.

قوله: إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَهُ، أي: عند دعواه يثبت النسب منه، وإن كانت جاءت به لأكثر من سنتين ثم هل يحتاج فيه إلى تصديق المرأة أم لا؟ ففيه روايتان: في رواية لا يحتاج إلى تصديقها، وفي رواية يحتاج، كذا في «شرح الطحاوي».

قوله: فَإِنْ كَانَتِ المَبْتُوتَةُ صَغِيرَةً يُجَامَعُ مِثْلُهَا فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ لِتِسْعَةِ أَشْهُرٍ، أي: من وقت الطلاق، وهي لم تقر بانقضاء العدة حتى ولدت لتسعة أشهر لا يثبت نسبه من الزوج عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: يثبت النسب إلى سنتين.

وأمَّا إذا أقرَّت بانقضاء العدة بثلاثة أشهر ثم جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار يثبت النسب؛ لأنَّها أقرت بانقضاء العدة وفي بطنها ولد ثابت النسب، فبطل إقرارها فصار كأنَّها لم تقر بانقضاء العدة فيثبت النسب.

فَأَشْبَهَتِ الكَبِيرَةَ، وَلَهُمَا أَنَّ لِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا جِهَةً مُتَعَيِّنَةً وَهُوَ الأَشْهُرُ فَبِمُضِيِّهَا يَحْكُمُ الشَّرْعُ بِالِانْقِضَاءِ وَهُوَ فِي الدَّلَالَةِ فَوْقَ إِقْرَارِهَا لِأَنَّهُ لا يَحْتَمِلُ الخِلَافَ، وَالإِقْرَارُ يَحْتَمِلُهُ، وَإِنْ كَانَتْ مُطَلَّقَةً طَلَاقًا رَجْعِيًّا فَكَذَلِكَ الجَوَابُ عِنْدَهُمَا، وَعِنْدَهُ يَثْبُتُ إِلَى سَبْعَةٍ وَعِشْرِينَ شَهْرًا لِأَنَّهُ يُجْعَلُ وَاطِئًا فِي آخِرِ العِدَّةِ وَهِيَ الثَّلَاثَةُ الأَشْهُرُ ثُمَّ تَأْتِي لِأَكْثَرِ مُدَّةِ الحَمْلِ وَهُوَ سَنَتَانِ، وَإِنْ كَانَتِ الصَّغِيرَةُ ادَّعَتِ الحَبَلَ فِي العِدَّةِ

قوله: وَلَهُمَا أَنَّ لِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا جِهَةً مُتَعَيِّنَةً وَهِيَ الأَشْهُرُ فَبِمُضِيِّهَا يَحْكُمُ الشَّرْعُ بِالِانْقِضَاءِ، فإن قلتَ: يشكل على هذا الكبيرة المتوفى عنها زوجها، فإن لانقضاء عدَّتها جهة متعينةً وهي مضي أربعة أشهر وعشر، ما لم يكن الحبل فيها ظاهرًا، ثم هناك يثبت النسب إلى سنتين عند علمائنا الثلاثة اتفاقًا، ولا يحكم بالانقضاء بالأشهر هناك لاحتمال الانقضاء بالوضع، فكذلك هاهُنا يجبُ أن يثبت النسب إلى سنتين، ولا يعتبر تعيُّن الجهة بالأشهر؛ لأنَّها إذا كانت مراهقةً عبْلةً والكلام فيها يحتمل الإعلاق والإحبال كل ساعة، أو لا يُعتبر تعيّن الجهة بالأشهر في المتوفى عنها زوجها، كما في الصَّغيرة وهو قول زفر رحمه الله، فما الفرق بينهما؟

قلتُ: لا يشكل، بل الفرق بينهما ثابتٌ وهو ما ذكره في الكتاب بُعيد هذا وهو قوله: إِلَّا أَنَّا نَقُولُ لِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا جِهَةٌ أُخْرَى وَهُوَ وَضْعُ الحَمْلِ، إلى آخره.

فالحاصل أنَّ في كل منهما أمضينا الحكم على الأصل، ولكن الأصل في الموضعين قد اختلف؛ فلذلك اختلف الحكم الذي بُني عليه أيضـًا، وذلك أن الأصل في الكبيرة الإحبالُ، فلذلك لم تعتبر في حقها تعيّن جهة العدة بالأشهر، والأصل في الصغيرة عدم الإحبال، فلذلك اعتبرنا في حقِّها تعيّن جهة العدة بالأشهر.

وذكر في «المبسوط» في حق الكبيرة: ولا يقال: الأصل عدم الحبل، لأنا نقول: ذلك في حق

فَالجَوَابُ فِيهَا وَفِي الكَبِيرَةِ سَوَاءٌ، لِأَنَّ بِإِقْرَارِهَا يُحْكَمُ بِبُلُوغِهَا.

(وَيَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِ المُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا مَا بَيْنَ الوَفَاةِ وَبَيْنَ السَّنَتَيْنِ) وَقَالَ زُفَرُ: إِذَا جَاءَتْ بِهِ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّةِ الوَفَاةِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ لا يَثْبُتُ النَّسَبُ لِأَنَّ الشَّرْعَ حَكَمَ بِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا بِالشُّهُورِ لِتَعَيُّنِ الجِهَةِ فَصَارَ كَمَا إِذَا أَقَرَّتْ بِالِانْقِضَاءِ كَمَا بَيَّنَّا فِي الصَّغِيرَةِ، إِلَّا أَنَّا نَقُولُ لِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا جِهَةٌ أُخْرَى وَهُوَ وَضْعُ الحَمْلِ، بِخِلَافِ الصَّغِيرَةِ لِأَنَّ الأَصْلَ فِيهَا عَدَمُ الحَمْلِ لَيْسَتْ بِمَحَلٍّ قَبْلَ البُلُوغِ وَفِيهِ شَكٌّ. (وَإِذَا اعْتَرَفَتِ المُعْتَدَّةُ بِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا ثُمَّ جَاءَتْ بِالوَلَدِ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ يَثْبُتُ نَسَبُهُ) لِأَنَّهُ ظَهَرَ كَذِبُهَا بِيَقِينٍ فَبَطَلَ الإِقْرَارُ (وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ لَمْ يَثْبُتْ) لِأَنَّا لَمْ نَعْلَمْ بِبُطْلَانِ الإِقْرَارِ لِاحْتِمَالِ الحُدُوثِ بَعْدَهُ، وَهَذَا اللَّفْظُ بِإِطْلَاقِهِ يَتَنَاوَلُ كُلَّ مُعْتَدَّةٍ.

(وَإِذَا وَلَدَتِ المُعْتَدَّةُ وَلَدًا لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِلَّا أَنْ يَشْهَدَ بِوِلَادَتِهَا

غير المنكوحة، فأمّا النكاح فلا يعقد إلا للإحبال.

قوله: وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ، أي: من وقت الإقرار.

قوله: وَإِذَا وَلَدَتِ المُعْتَدَّةُ وَلَدًا لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، ذكر هذه المسألة في «المبسوط» بقيدين: وهما أن يكون الطلاق بائنًا، وأن يُنكر الزوج، فقال: ولو أن رجلًا طلق امرأته ثلاثًا أو تطليقةً بائنةً، ثم جاءت بولد بعد الطلاق لسنتين أو أقل، وشهدت امرأة على الولادة والزوج ينكر الولادة والحبل، لم يلزمه النسب في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ما لم يشهد به رجلان، أو رجل وامرأتان.

ولكن جعل الإمام قاضي خان رحمه الله في «الجامع الصغير» حكم الطلاق الرجعي كحكم البائن في هذه المسألة، فقال: هذه ثلاث مسائل:

أحدها: أن امرأة أتت بولد بعد وفاة الزوج ما بينها وبين سنتين فجحدت الورثةُ

رَجُلَانِ أَوْ رَجُلٌ وَّامْرَأَتَانِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ هُنَاكَ حَبَلٌ ظَاهِرٌ أَوِ اعْتِرَافٌ مِنْ قِبَلِ الزَّوْجِ فَيَثْبُتُ النَّسَبُ مِنْ غَيْرِ شَهَادَةٍ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يَثْبُتُ فِي الجَمِيعِ بِشَهَادَةِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ) لِأَنَّ الفِرَاشَ قَائِمٌ بِقِيَامِ العِدَّةِ وَهُوَ مُلْزِمٌ لِلنَّسَبِ وَالحَاجَةُ إِلَى تَعْيِينِ

الولادةَ، لا يثبت النسب والولادة إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين في قول أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يثبت بشهادة القابلة.

والثانية: المطلقة طلاقًا رجعيًّا إذا لم تُقِرّ بانقضاء العدة حتى جاءت بولد لأقل من سنتين أو لأكثر وأنكر الزوج الولادةَ.

والثالثة: المبتوتة إذا جاءت بالولد لأقل من سنتين وأنكر الزوج الولادة، لا يُقضى بشهادة القابلة عند أبي حنيفة رحمه الله في هذه المسائل، إلا إذا كان الزوج أقرَّ بالحبل أو كان الحبل ظاهرًا، وعندهما يقضي بشهادة القابلة إذا كانت حرةً عَدْلَةً.

وأمَّا المنكوحة إذا جاءت بولد لستة أشهر من وقت النكاح أو لأكثر، فقال الزوج: لم تَلِديه لا يلزمه حدٌّ ولا لعانٌ؛ لأنه أنكر الولادة، وإنكار الولادة لا يكون قذفًا، فإن شهدت القابلةُ على الولادة يثبت النسب من الزوج عندنا.

وقال الشافعي رحمه الله: لا تثبت الولادة إلا بشهادة أربع نسوة عدول، وقال مالك وابن أبي ليلى: يقبل بشهادة امرأتين، وقال زفر: لا يثبت بشهادة النساء أصلًا، وكذلك كل ما لا يطلع عليه الرجال فهو على هذا الخلاف، ثمَّ إذا قبلت بشهادة القابلة عندنا على ولادة المنكوحة، فإن نفاه الزوج لاعن القاضي بينهما؛ لأنه نفى ولد المنكوحة.

وأجمع أصحابنا على أنه يقضى بالنسب بشهادة القابلة حال قيام النكاح، واختلفوا بعد الموت والطلاق، قال أبو حنيفة رحمه الله: لا يثبت، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يثبت؛ لأن الفراش قائمٌ بقيام العدة، وتفسير الفراش صيرورتها متعينة لماءِ الزوج، حتى أن كل ولد يحدث منها يثبت النسب، وإنَّما لا يثبت نسب ولد المعتدة إذا جاءت به لأكثر من سنتين؛ لأن الفراش وإن كان قائمًا في العدة؛ لأن الماء انعدم حكمًا؛ لأنه لا يمكن تقدير

الوَلَدِ أَنَّهُ مِنْهَا فَيَتَعَيَّنُ بِشَهَادَتِهَا كَمَا فِي حَالِ قِيَامِ النِّكَاحِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ العِدَّةَ تَنْقَضِي بِإِقْرَارِهَا بِوَضْعِ الحَمْلِ، وَالمُنْقَضِي لَيْسَ بِحُجَّةٍ فَمَسَّتِ الحَاجَةُ إِلَى إِثْبَاتِ النَّسَبِ ابْتِدَاءً فَيُشْتَرَطُ كَمَالُ الحُجَّةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ ظَهَرَ الحَبَلُ أَوْ صَدَرَ الِاعْتِرَافُ مِنَ الزَّوْجِ لِأَنَّ النَّسَبَ ثَابِتٌ قَبْلَ الوِلَادَةِ وَالتَّعَيُّنَ يَثْبُتُ بِشَهَادَتِهَا.

الوطء لما فيه من النسبة إلى ارتكاب الحرام، ومع عدم الماء لا يثبت النسب، ألا ترى أن امرأةَ الصبي إذا جاءت بولدٍ لا يثبت النسب منه لعدم الماء.

وذكر في كتاب الدعوى: أنه إذا جاءت به لأكثر من سنتين فادعاه يثبت النسب؛ لأنا إنَّما لا نجعله واطئاً صيانةً له عن الحرام، فإذا أقر على نفسه بالحرام والفراشُ المُثبت للنسب قائم فيثبت، كذا وجدتُّ بخط الشيخ رحمه الله مُحالًا إلى القاضي الغنيّ رحمه الله.

قوله: فَيَتَعَيَّنُ بِشَهَادَتِهَا، أي: فيثبت بشهادة القابلة تعين الولد، فإنَّ قول القابلة كافٍ في تعيين الولد حال قيام الفراش عندنا، وإن لم يكن كافياً في إلزام النسب، والنسب ثابت بالفراش كما في حال قيام النكاح، أو إقرار الزوج بالحبل، أو الحبل الظَّاهر.

ولأبي حنيفة رحمه الله أنَّها لمَّا أقرَّت بالولادة، فقد أقرَّت بزوال سبب النسب، وهو الفراش، ثمَّ لو ثبت النسب بعد ذلك إنَّما يثبت بالقضاء، والقضاء لا يكون إلا بحجَّةٍ كاملةٍ.

ولا يلزم على ما قلنا حالُ قيام النكاح وأمثاله؛ لأن هناك ثبت النسب قبل الولادة بسبب قائم وهو الفراش، إنَّما الحاجة إلى تعيين الولد؛ لأن الزوج ينكر ولادة هذا الولد، وشهادةُ القابلة حجة في تعيين الولد، بخلاف ما نحن فيه، فإن الحاجة فيه إلى إثبات نسب ولد الأجنبية من أجنبيٍّ، وشهادةُ المرأة الواحدة لا تكون حجة في ذلك، وهذه الشهادة في المعنى شهادة على النسب؛ لأنَّها تشهد ببقاء الفراش إلى ولادتها بهذا الولد، وشهادة المرأة الواحدة لاتكون حجة في السبب المثبت للنسب وهو الفراش.

فالحاصلُ أنَّ شهادة القابلة على الولادة حجة تامة إذا كان هناك حبل ظاهر، أو فراش قائم، أو إقرار من الزوج بالحبل؛ لما رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلَّم أجاز شهادة القابلة

(فَإِنْ كَانَتْ مُعْتَدَّةً عَنْ وَفَاةٍ فَصَدَّقَهَا الوَرَثَةُ فِي الوِلادَةِ وَلَمْ يَشْهَدْ عَلَى الوِلادَةِ أَحَدٌ فَهُوَ ابْنُهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) وَهَذَا فِي حَقِّ الإِرْثِ ظَاهِرٌ لِأَنَّهُ خَالِصُ حَقِّهِمْ

على الولادة؛ ولأن النظر إلى العورة لا يحل، ولكن نظر المرأة إلى المرأة أخف من نظر الرجل إليها، ولهذا سقط اعتبار الذكورة في هذه الشهادة، فكذلك نظر الواحد أخف من نظر المُثنَّى، فسقط بهذا اعتبار العدد.

ثمَّ الأصل أنَّ شهادة النساء إنما تكون حجة إذا تأيَّدت بمؤيِّد، كما في المعاملات إذا تأيَّدت شهادتهن بشهادة رجل يكون حجة، والمؤيد فيما لا يطلع عليه الرجال الفراش القائم، أو الحبل الظاهر، أو إقرار الزوج بالحبل؛ فإذا تجرَّدت شهادتها عن ذلك لم تكن حجة.

ولا يقال: كيف يقبل شهادة الرجال هاهُنا ولا يحل لهم النظر إلى العورة؟ لأنا نقول: إنَّهم لا يقولون تعمدنا النظر فإنما وقع ذلك اتفاقاً، أو دخلت المرأة بين يدي الشهود بيتًا بعدما علموا أنه ليس فيه غيرها، ثم خرجت مع الولد فيعلمون أنَّها ولدته، ثم عند الحاجة إلى تحمل الشهادة يباح النظر للرجال كما في الشهادة على الزنا، والحاجة تتحقق إذا لم يكن هناك مؤيد، كذا في «الجامع الصغير» لشمس الأئمة، وقاضي خان رحمهما الله.

قوله: فَإِنْ كَانَتْ مُعْتَدَّةً عَنْ وَفَاةٍ فَصَدَّقَهَا الوَرَثَةُ فِي الوِلادَةِ، إلى آخره، أي: أتت بولدٍ قبل تمام سنتين، ومعنى التصديق هو أن يقر جميع الورثة فيشاركهم بإقرارهم، أو أقرَّ به جماعة يقطع الحكم بشهادتهم، بأن صدقها رجلان منهم أو رجل وامرأتان منهم؛ فوجب الحكم بإثبات نسبه حتى يشارك المصدقين والمنكرين، كذا ذكره فخر الإسلام، والتمرتاشي.

وقال الإمام الإسبيجابي رحمه الله: هذا جواب الاستحسان، والقياس أن لا يثبت النسب؛ لأنَّهم أقروا على الميت.

وذكر شمس الأئمَّة رحمه الله في تعليل المسألة أن الورثة قائمون مقام الزوج، ولو قال الزوج: أنَّها ولدته كان يثبت النسب منه، وكذلك إذا صدقها الورثة بعد موته؛ وهذا لأن ثبوت النسب منه باعتبار الفراش، وذلك باقٍ ببقاء العدة بعد موته، والحاجة إلى الشهادة ليظهر له ولادتها، ويتعيَّن الولد الذي جاءت به وبتصديق الورثة حصل هذا

فَيُقْبَلُ فِيهِ تَصْدِيقُهُمْ، أَمَّا فِي حَقِّ النَّسَبِ هَلْ يَثْبُتُ فِي حَقِّ غَيْرِهِمْ؟ قَالُوا: إِذَا كَانُوا مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ يَثْبُتُ لِقِيَامِ الحُجَّةِ وَلِهَذَا قِيلَ: تُشْتَرَطُ لَفْظَةُ الشَّهَادَةِ، وَقِيلَ لا تُشْتَرَطُ لِأَنَّ الثُّبُوتَ فِي حَقِّ غَيْرِهِمْ تَبَعٌ لِلثُّبُوتِ فِي حَقِّهِمْ بِإِقْرَارِهِمْ، وَمَا ثَبَتَ تَبَعًا لا يُرَاعَى فِيهِ الشَّرَائِطُ.

(وَإِذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ امْرَأَةً فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مُنْذُ يَوْمِ تَزَوَّجَهَا لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ) لِأَنَّ العُلُوقَ سَابِقٌ عَلَى النِّكَاحِ فَلَا يَكُونُ مِنْهُ (وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُ اعْتَرَفَ بِهِ الزَّوْجُ أَوْ سَكَتَ) لِأَنَّ الفِرَاشَ قَائِمٌ وَالمُدَّةُ تَامَّةٌ (فَإِنْ جَحَدَ الوِلَادَةَ يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ تَشْهَدُ بِالوِلَادَةِ حَتَّى لَوْ نَفَاهُ الزَّوْجُ يُلَاعِنُ) لِأَنَّ النَّسَبَ يَثْبُتُ بِالفِرَاشِ القَائِمِ، وَاللِّعَانُ إِنَّمَا يَجِبُ بِالقَذْفِ وَلَيْسَ مِنْ ضَرُورَتِهِ

المقصود فيثبت النسب منه.

وهذا هو الجواب عن الإشكال الذي يقال فيه أنه في التصديق يقر على نفسه، والورثة يقرون على الميت بالنسب فلا يقبل؛ لأنا نقول: إنَّ ثبوت النسب ليس باعتبار تصديقه ولا تصديق الورثة، بل باعتبار الفراش.

قوله: إِذَا كَانُوا مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ، بأن كانوا ذكورًا، أو ذكورًا وإناثًا وهم عدول.

قوله: وَمَا ثَبَتَ تَبَعًا لا يُرَاعَى فِيهِ الشَّرَائِطُ، كالعبد مع المولى والجندي مع السلطان في حق الإقامة، ووقف المنقول بناءً على وقف العقار.

قوله: وَاللِّعَانُ إِنَّمَا يَجِبُ بِالقَذْفِ، لا بناءً على شهادة القابلة، وهذا جوابُ إشكال وهو أن يقال: إنَّ ثبوت اللعان بناءٌ على شهادة القابلة واللِّعان قائمٌ مقام الحد، فينبغي أن لا يجبَ بشهادة امرأة واحدة، فأجاب عنه بقوله: وليس من ضرورة اللعان نفيُ الولد، فإن اللعان يثبت بدون نفي الولد، بأن يقذفَها بالزنا لكن وجب اللعان هاهُنا ضمنًا، لنفي الولد

وُجُودُ الوَلَدِ فَإِنَّهُ يَصِحُّ بِدُونِهِ (فَإِنْ وَلَدَتْ ثُمَّ اخْتَلَفَا فَقَالَ الزَّوْجُ: تَزَوَّجْتُكِ مُنْذُ أَرْبَعَةٍ وَقَالَتْ هِيَ: مُنْذُ سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَالقَوْلُ قَوْلُهَا وَهُوَ ابْنُهُ) لِأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لَهَا فَإِنَّهَا

الذي يثبت نسبُه بقيام الفراش، وشهادة المرأة إنَّما كانت لتعيين الولد، لا أن يكون اللعان مضافاً إلى شهادة امرأة واحدة.

ونظير هذا ما إذا ثبت الرمضانية بشهادة الفرد، ثم أفطر إنسان بعد ذلك متعمدًا وجبت الكفارة عليه، والكفارة في الإفطار تجري مجرى الحد حيث تندرئ بالشبهات، فلا يجوز إيجابها بشهادة الفرد، لكن وجوب الكفارة باعتبار ثبوت الرمضانية، والرمضانية ممَّا تثبت بشهادة الفرد، لا باعتبار شهادة الفرد قصدًا، فكذلك هاهُنا وجوب اللعان واستحقاق الميراث باعتبار ثبوت النسب، لا باعتبار شهادة القابلة قصدًا.

قوله: لِأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لَهَا، وهو عدم الزنا.

فإن قيل: كما أن الظاهر شاهد لها، فكذلك الظاهر شاهد له أيضـًا؛ لأن النكاح حادث والأصل في الحوادث أن تحال إلى أقرب الأوقات، أو لأن الأصل هو العدم فينبغي أن يكون الزائد على أربعة أشهر معدومًا جريًا على الأصل.

قلنا: النسب ممَّا يحتاط في إثباته، فمتى تعارض الظاهران فيه وجب إثباته، ألا ترى أن النسب يثبت بالإيماء مع قدرته على النطق، وسائر التصرفات لا يثبت به عند ذلك، وظاهر حالها أيضـًا يتأيَّد بظاهر حاله، من حيث أنه لا يباشر النكاح بصفة الفساد، فإن نكاح الحبلى فاسد، وهل تحرم على الزوج بهذا الكلام، ينبغي أن لا تحرم.

فإن قيل: وجبَ أن تحرم؛ لأن هذا إقرار منه بتزوّجه إيَّاها وهي حبلى، وصار هذا كما أنه إذا ادعى أنه تزوجها بغير شهود.

قلنا: الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن النكاح بغير شهود فاسد لا محالة، ونكاح الحبلى ليس بفاسد لا محالة، لجواز أنَّها حبلى من الزنا.

تَلِدُ ظَاهِرًا مِنْ نِكَاحٍ لا مِنْ سِفَاحٍ وَلَمْ يَذْكُرِ الِاسْتِحْلَافَ وَهُوَ عَلَى الِاخْتِلَافِ.

(وَإِنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ إِذَا وَلَدْتِ وَلَدًا فَأَنْتِ طَالِقٌ فَشَهِدَتِ امْرَأَةٌ عَلَى الوِلَادَةِ لَمْ تَطْلُقْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: تَطْلُقُ) لِأَنَّ شَهَادَتَهَا حُجَّةٌ فِي ذَلِكَ، قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «شَهَادَةُ النِّسَاءِ جَائِزَةٌ فِيمَا لا يَسْتَطِيعُ الرِّجَالُ النَّظَرَ إِلَيْهِ» وَلِأَنَّهَا لَمَّا قُبِلَتْ فِي الوِلَادَةِ تُقْبَلُ فِيمَا يَبْتَنِي عَلَيْهَا وَهُوَ الطَّلَاقُ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهَا ادَّعَتِ الحِنْثَ فَلَا يَثْبُتُ إِلَّا بِحُجَّةٍ تَامَّةٍ، وَهَذَا لِأَنَّ شَهَادَتَهُنَّ ضَرُورِيَّةٌ فِي حَقِّ الوِلَادَةِ فَلَا تَظْهَرُ فِي حَقِّ الطَّلَاقِ لِأَنَّهُ يَنْفَكُّ عَنْهَا.

والثاني: أنه وإن أقرَّ بالحرمة إلا أن الشرع قد كذَّبه في ذلك، حيث أثبت النسب منه، والإقرارُ إذا قابله تكذيبٌ من جهة القاضي يبطل، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: وَهُوَ عَلَى الِاخْتِلَافِ، أي: على الاختلاف المذكور في الأشياء الستة.

قوله: فِيمَا يَبْتَنِي عَلَيْهَا وَهُوَ الطَّلَاقُ؛ لأن الطلاق حكم متعلق بالولادة، وشهادة القابلة حجَّة في إثبات الولادة، فكذلك فيما يتعلق بها ضمناً لها.

قوله: لِأَنَّ شَهَادَتَهُنَّ ضَرُورِيَّةٌ فِي حَقِّ الوِلَادَةِ، لعدم حضور الرجال.

قوله: فَلَا تَظْهَرُ فِي حَقِّ الطَّلَاقِ؛ لِأَنَّهُ يَنْفَكُّ عَنْهَا؛ لما أنَّ الطلاق يوجد بدون الولادة، وكذلك الولادة بدون الطلاق.

فإن قلتَ: يشكل على هذا جريان اللعان بنفي الزوج نسبَ ولدها منه عند ثبوت الولادة بشهادة القابلة، ولا يتخلصُ عنه بأن اللعان هناك بالقذف بالنفي لا بشهادة القابلة، وإنِّي أقول أيضاً: الطلاق هاهُنا بالولادة لا بشهادة القابلة.

قلتُ: الفرق بينهما ثابتٌ، وهو أن اللعان هناك إنما يثبت بقذفه بالنفي قصدًا بعد ثبوت النسب بالفراش القائم عند شهادة القابلة.

(وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ قَدْ أَقَرَّ بِالحَبَلِ طَلُقَتْ مِنْ غَيْرِ شَهَادَةٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا تُشْتَرَطُ شَهَادَةُ القَابِلَةِ) لِأَنَّهُ لا بُدَّ مِنْ حُجَّةٍ لِدَعْوَاهَا الحِنْثَ، وَشَهَادَتُهَا حُجَّةٌ فِيهِ عَلَى مَا بَيَّنَّا، وَلَهُ أَنَّ الإِقْرَارَ بِالحَبَلِ إِقْرَارٌ بِمَا يُفْضِي إِلَيْهِ وَهُوَ الوِلَادَةُ، وَلِأَنَّهُ أَقَرَّ بِكَوْنِهَا مُؤْتَمَنَةً فَيُقْبَلُ قَوْلُهَا فِي رَدِّ الأَمَانَةِ.

وأمَّا هاهُنا لو قلنا بالطلاق عند شهادة القابلة كانت شهادة القابلة مُثبتةً لحكمين معًا من غير تراخٍ لأحدهما عن الآخر، وهما الولادة ووقوع الطلاق، فإنه علَّق طلاقها بالولادة وشهادة القابلة، وإن كانت مقبولة في أحدهما لما ذكرنا لا يلزم أن تكون مقبولة في الآخر لانعدام ما يوجب القبول فيه، فصارت شهادة القابلة هاهُنا نظيرة قول المرأة: حضتُ فيما إذا علق الزوج طلاقها، وطلاق ضرتها بحيضها، وهما حكمان مقترنان، فقُبل قولها في أحدهما وهو طلاق نفسها، دون الآخر وهو طلاق ضرتها، فكذلك هاهُنا.

ويكون أيضـًا نظيرة ما ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله فقال: وإن جعلت شهادتها حجةً في الولادة ضرورة أنه لا تطلع عليها الرجال لم تقبل حجةً فيما يقبل الفَصْل في الجملة عن الولادة وإن صار من لوازمها، كمن اشترى لحمًا فجاءه مسلمٌ عدلٌ وشهدَ أنه ذبيحة مجوسي قبلت شهادته في حق حرمة الأكل، ولا يثبت تمجُّسُ الذابح في حق الرجوع على البائع بشهادة الواحد.

قوله: وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ قَدْ أَقَرَّ بِالحَبَلِ طَلُقَتْ، يعني إذا أقرَّ الزوج بالحبلى ثمَّ علق طلاقها بالولادة فقالت المرأة: ولدت، وكذبها الزوج فإن الطلاق يقع عند أبي حنيفة رضي الله عنه من غير شهادة القابلة، وعندهما يشترط شهادة القابلة، وكذلك على هذا الخلاف لو كان الحبل ظاهرًا ثم علق الطلاق.

وقالا: إنه حكمٌ متعلق بالولادة فلا يثبت عند المنازعة بغير حجة، كما في المسألة الأولى.

ولأبي حنيفة رحمه الله أن هذا طلاق معلق بأمر كائن، فيثبت بخبر المرأة من غير حجة كالحيض، بل أَوْلَى؛ لأن الولد الكائن في الرحم لا يخلو عن الخروج لا محالة حيًّا أو ميتًا،

قَالَ: (وَأَكْثَرُ مُدَّةِ الحَمْلِ سَنَتَانِ) لِقَوْلِ عَائِشَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهَا - الوَلَدُ لا يَبْقَى فِي البَطْنِ أَكْثَرَ مِنْ سَنَتَيْنِ وَلَوْ بِظِلِّ مِغْزَلٍ (وَأَقَلُّهُ سِتَّةُ أَشْهُرٍ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥] ثُمَّ قَالَ ﴿وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ﴾ [لقمان: ١٤]

وأمَّا الحيض فبناؤه على العادة؛ أو لأنه لمَّا أقر بالحبل فقد أقرَّ بالولادة؛ لأن الولد لا يبقى في البطن أبدًا، كذا ذكره الإمام الكشاني رحمه الله وغيره.

قوله: لا يَبْقَى فِي البَطْنِ أَكْثَرَ مِنْ سَنَتَيْنِ وَلَوْ بِظِلِّ مِغْزَلٍ، أي: بقدر ظل مغزل حالة الدوران؛ لأن ظل المغزل حالة الدوران أسرع زوالًا من سائر الظلال، والغرض تقليل المدة، كذا وجدتُ بخط شيخي رحمه الله.

ورواية «المبسوط»، و«الإيضاح» وبعض نسخ الكتاب ولو: بفلكة مغزل.

وذكر في «المغرب»: هذا على حذف المضاف، وقد جاء صريحًا في «شرح الإرشاد» ولو بدور فلكة مغزل، وهو مثَل في الدوران والغرض تقليل المدة.

قوله: لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْرًا﴾ ثُمَّ قَالَ ﴿وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ﴾، وهذا التقرير الذي ذكر هاهُنا في تأويل الآية مخالف لما ذكره في الرضاع من هذا الكتاب؛ لأنه جعل هناك ثلاثون شهرًا مدة لكل واحدٍ من الحمل والفصال، ثم أظهر المنقص في حق الحمل وهاهُنا جعلها مدتهما جميعًا، ثم أصاب منها للفصال عامان بقوله: ﴿وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ﴾، ومن ضرورته يبقى للحمل ستة أشهر، وهذا هو التأويل الذي خرجه ابن عباس رضي الله عنهما، ذكره في «المبسوط» فقال: «رُوي أن رجلًا تزوَّج امرأة فولدت ولدًا لستة أشهر فهمَّ عثمان رضي الله عنه برجمها، فقال ابن عباس رضي الله عنهما: أما أنَّها لو خاصمتكم بكتاب الله تعالى لخصمتكم قال الله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْرًا﴾، وقال: ﴿وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ﴾، فإذا ذهب للفصال عامان لم يبق للحمل إلا ستَّة أشهر، فدرأ عثمان رضي الله عنه عنها الحد وأثبت النسب من الزوج، وهكذا رُوي عن علي رضي الله عنه؛ ولأنه ثبت بالنص أن الولد ينفخ فيه الروح بعد انقضاء أربعة أشهر، كما ذكره في حديث

فَبَقِيَ لِلْحَمْلِ سِتَّةُ أَشْهُرٍ وَالشَّافِعِيُّ يُقَدِّرُ الأَكْثَرَ بِأَرْبَعِ سِنِينَ، وَالحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَاهُ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهَا قَالَتْهُ سَمَاعًا إِذِ العَقْلُ لا يَهْتَدِي إِلَيْهِ.

(وَمَنْ تَزَوَّجَ أَمَةً فَطَلَّقَهَا ثُمَّ اشْتَرَاهَا، فَإِنْ جَاءَتْ بِوَلَدٍ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مُنْذُ يَوْمِ

ابن مسعود رضي الله عنه، وبعدما ينفسخ فيه الروح يتم خلقته بشهرين، فيتحقق انفصاله بستة أشهر مستوي الخلق.

قوله: وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ يُقَدِّرُ الأَكْثَرَ بِأَرْبَعِ سِنِينَ؛ لما رُوي أن رجلًا غابَ عن امرأته سنتين ثم قدم وهي حامل، فهمَّ عمر رضي الله عنه برجمها، فقال معاذ رضي الله عنه: إن يكن لك عليها سبيلٌ فلا سبيل لك على ما في بطنها، فتركها حتى ولدت ولدًا قد نبتت ثنيتاه يشبه أباه، فلمَّا رآه الرجل قال: ابني ورب الكعبة، فقال عمر: أتعجز النساء أن يلدن مثل معاذ، لولا معاذ لهلك عمر، فقد وضعت هذا الولد لأكثر من سنتين، ثم أثبت نسبه من الزوج.

وقيل: إن الضحاك رحمه الله ولدته أمه لأربع سنين، وولدته بعد ما نبتَتْ ثنيتاه وهو يضحك فسمي ضحاكًا، وعبد العزيز الماجشوني ولدته أمه لأربع سنين.

وحجتنا في ذلك حديث عائشة رضي الله عنها المذكور في الكتاب، ومثل هذا لا يعرف بالرأي، وإنَّما قالته سماعًا من رسول الله صلَّى الله عليه وسلم؛ ولأن الأحكام تبنى على العادة الظاهرة، وبقاء الولد في بطن أمه أكثر من السنتين في غاية الندرة، فلا يجوز بناء الحكم عليه، مع أنه لا أصل لما يحكى في هذا الباب، فإن الضحاك وعبد العزيز ما كانا يعرفان ذلك من أنفسهما، وكذلك غيرهما كان لا يعرف ذلك؛ لأن ما في الرحم لا يعلمه إلا الله، ولا حجة في حديث عُمر رضي الله عنه؛ لأنه إنَّما أثبت النسب بالفراش القائم بينهما في الحال أو بإقرار الزوج وبه نقول.

قوله: وَمَنْ تَزَوَّجَ أَمَةً فَطَلَّقَهَا ثُمَّ اشْتَرَاهَا، إلى آخره، يريدُ به إذا طلقها بعد الدخول بها، فإنه لو كان الطلاق قبل الدخول بها لا يلزمه الولد، إلا أن يجيء به لأقل من ستة أشهر منذ فارقها.

اشْتَرَاهَا لَزِمَهُ وَإِلَّا لَمْ يَلْزَمْهُ) لِأَنَّهُ فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ وَلَدُ المُعْتَدَّةِ فَإِنَّ العُلُوقَ سَابِقٌ عَلَى الشِّرَاءِ، وَفِي الوَجْهِ الثَّانِي وَلَدُ المَمْلُوكَةِ لِأَنَّهُ يُضَافُ الحَادِثُ إِلَى أَقْرَبِ وَقْتِهِ فَلَا بُدَّ مِنْ دَعْوَةٍ، وَهَذَا إِذَا كَانَ الطَّلَاقُ وَاحِدًا بَائِنًا أَوْ خُلْعًا أَوْ رَجْعِيًّا، أَمَّا إِذَا كَانَ

قوله: لِأَنَّهُ فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ، وهو ما إذا جاءت به لأقلَّ من ستة أشهر منذ يوم اشتراها فيكون ولد المعتدة فيثبت نسبه من غير دعوة.

قوله: وَفِي الوَجْهِ الثَّانِي، وهو ما إذا جاءت به لستة أشهر أو أكثر من وقت الشراء لا يلزمه الولد إلا بالدعوة، لما قلنا أنَّ العلوق حادث والأصل في الحوادث أن تضاف بحدوثها إلى أقرب الأوقات، وفي أقرب أوقاته كانت مملوكته فلا يلزمه بدون الدعوة، وصار هذا كمسلم تحته كتابيَّةٌ فأسلمت، ثم جاءت بولد لأكثر من ستة أشهر ولأقل من سنتين من وقت الإسلام فنفاه لاعن القاضي بينهما، ويقطع نسبَ الولد منه، وإن احتمل علوقُه قبل الإسلام، ولكن قيل العلوق حادث، والأصل في الحوادث ما قلنا.

وكذلك حر تحته أمة أعتقها مولاها فجاءت بولد لأكثر من ستة أشهر ولأقل من سنتين من وقت الإعتاق، فنفاه الزوج لاعن القاضي بينهما، وإن احتمل العلوق قبل الإعتاق.

فإن قيل ما ذكرتم ينتقض بمسائل:

إحداها: ما ذكر في «الزيادات»: رجل قال لامرأتيه وقد دخل بهما: إحداكما طالق ثلاثـًا، ولم يبيّن حتى ولدت إحداهما لأكثر من ستة أشهر من وقت الإيجاب ولأقل من سنتين منه، فالإيجاب على إبهامه ولا يتعيَّن ضرَّتها للطلاق.

ومنها: إذا قال لامرأته: إذا حبلتُ فأنت طالق، فولدتْ لأقل من سنتين من وقت التعليق لا يقع الطلاق، فكذلك لو كان هذا في تعليق العتاق بالحبل.

ومنها: المطلقة طلاقـًا رجعيًّا إذا جاءت بالولد لأقل من سنتين من وقت الطلاق لا يصير مراجعـًا، ولو كان الحوادث تحال بحدوثها على أقرب الأوقات لثبتت هذه الأحكام، أعني بِها البيانَ والطلاقَ والعتاقَ والرجعةَ.

اثْنَتَيْنِ يَثْبُتُ النَّسَبُ إلَى سَنَتَيْنِ مِنْ وَقْتِ الطَّلَاقِ لِأَنَّهَا حُرِّمَتْ عَلَيْهِ حُرْمَةً غَلِيظَةً فَلَا يُضَافُ الْعُلُوقُ إلَّا إلَى مَا قَبْلَهُ، لِأَنَّهَا لا تَحِلُّ بِالشِّرَاءِ.

(وَمَنْ قَالَ لِأَمَتِهِ إنْ كَانَ فِي بَطْنِكِ وَلَدٌ فَهُوَ مِنِّي،

قلنا: الحوادث يحال بحدوثها على أقرب الأوقات، إذا لم يتضمن إبطال ما كان ثابتًا بالدليل، أو ترك العمل بالمقتضي، أمَّا إذا تضمن فلا، ومتى عولت على ما قلنا ثمَّ استقرأت ما ذكرنا من المسائل وجدت الأمر على ما عليه عولنا، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: لِأَنَّهَا لا تَحِلُّ بِالشِّرَاءِ؛ لأن الأمة تحرم حرمةً غليظةً بتطليقتين، فلا تحل له بملك اليمين، وإذا لم تحل لا يقضى بالعلوق من أقرب الأوقات، بل من أبعدها حملاً لأمور المسلمين على الصلاح، وأبعد الأزمان هو ما قبل الطلاق، فيلزمه الولد إذا جاءت به لأقل من سنتين منذ الطلاق.

وأمَّا إذا كان الطلاق واحدًا يحل له وطؤها بملك اليمين، فيضاف الولد إلى أقرب الأوقات، فحينئذٍ كان ولد الأمة فلا يثبت نسبه من غير دعوةٍ.

فإن قيل: وجب أن ينكشف الحرمة بملك اليمين، وإن كانت الحرمة غليظة بالتطليقتين، تمسُّكًا بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِفُرُوجِهِمۡ حَٰفِظُونَ ۝﴾ [المؤمنون: ٥] الآية.

قلنا: وجب أن لا ينكشف تمسكًا بقوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ﴾ [البقرة: ٢٣٠]، والطلقة الثانية في الإماء بمنزلة الثالثة في الحرائر، والمحرم أَوْلَى بالاعتبار، بيانه فيما رُوي عن عثمان رضي الله عنه أنه سُئل عمَّن اشترى أختين فقال: أحلَّتهما آيةٌ وهي قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِفُرُوجِهِمۡ حَٰفِظُونَ ۝﴾ الآية، وحرَّمتهما آية وهي قوله تعالى: ﴿وَأَن تَجۡمَعُواْ بَيۡنَ ٱلۡأُخۡتَيۡنِ﴾ [النساء: ٢٣]، إلا أن المحرم أَوْلَى.

ورُوي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه كان يقول: «ندع تسعة أعشار الحلال مخافة الوقوع في الحرام»، كذا ذكره الإمام قاضي خان، والإمام الكشانِي، والإمام ظهير الدين رحمهم الله تعالى.

فَشَهِدَتْ عَلَى الوِلادَةِ امْرَأَةٌ فَهِيَ أُمُّ وَلَدِهِ) لِأَنَّ الحَاجَةَ إِلَى تَعْيِينِ الوَلَدِ، وَيَثْبُتُ ذَلِكَ بِشَهَادَةِ القَابِلَةِ بِالإِجْمَاعِ.

(وَمَنْ قَالَ لِغُلَامٍ هُوَ ابْنِي ثُمَّ مَاتَ فَجَاءَتْ أُمُّ الغُلَامِ وَقَالَتْ أَنَا امْرَأَتُهُ فَهِيَ امْرَأَتُهُ وَهُوَ ابْنُهُ يَرِثَانِهِ) وَفِي النَّوَادِرِ جُعِلَ هَذَا جَوَابُ الِاسْتِحْسَانِ، وَالقِيَاسُ أَنْ لا يَكُونَ لَهَا المِيرَاثُ لِأَنَّ النَّسَبَ كَمَا يَثْبُتُ بِالنِّكَاحِ الصَّحِيحِ يَثْبُتُ بِالنِّكَاحِ الفَاسِدِ وَبِالوَطْءِ عَنْ شُبْهَةٍ وَبِمِلْكِ اليَمِينِ، فَلَمْ يَكُنْ قَوْلُهُ إِقْرَارًا بِالنِّكَاحِ، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ المَسْأَلَةَ فِيمَا إِذَا كَانَتْ مَعْرُوفَةً بِالحُرِّيَّةِ وَبِكَوْنِهَا أُمَّ الغُلَامِ وَالنِّكَاحُ الصَّحِيحُ هُوَ المُتَعَيِّنُ لِذَلِكَ وَضْعًا وَعَادَةً.

قوله: فَشَهِدَتْ عَلَى الوِلادَةِ امْرَأَةٌ فَهِيَ أُمُّ وَلَدِهِ، بالإجماع؛ لأن سبب ثبوت النسب قد وجد، وهو الدعوة وإنَّما الحاجة إلى إثبات الولادة وتعيين الولد، وشهادة القابلة حجة في ذلك، هذا إذا ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار.

فإن ولدت لستة أشهر فصاعدًا لا يلزمه، لاحتمال أنَّها حبلت بعد مقالة المولى فلم يكن المولى مدعيًا هذا الولد، بخلاف الأول؛ لأن ثمَّة تيقنًا بقيام الولد في البطن وقت القول فتيقنا بالدعوى، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله.

قوله: فَهِيَ امْرَأَتُهُ وَهُوَ ابْنُهُ يَرِثَانِهِ، فإن قيل: ينبغي أن لا ترث المرأة؛ لما أن هذا النكاح ثابت بطريق الاقتضاء، فيثبت بقدر الضرورة وهي تصحيح النسب دون استحقاق الإرث.

قلنا: النكاح على ما هو الأصل ليس بمتنوع من نكاح هو سبب لاستحقاق الإرث، ونكاح هو ليس بسبب له، فلمَّا ثبت النكاح بطريق الاقتضاء، ثبت ما هو من لوازمه التي لا تنفك عنه شرعًا بطريق الإصالة، بخلاف نكاح الكتابية والأمة؛ لأنه من العوارض لا من الأصول، فلا يرد نقضًا.

(وَلَوْ لَمْ يَعْلَمْ بِأَنَّهَا حُرَّةٌ فَقَالَتِ الوَرَثَةُ أَنْتِ أُمُّ وَلَدٍ فَلا مِيرَاثَ لَهَا) لِأَنَّ ظُهُورَ الحُرِّيَّةِ بِاعْتِبَارِ الدَّارِ حُجَّةٌ فِي دَفْعِ الرِّقِّ لا فِي اسْتِحْقَاقِ المِيرَاثِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

قوله: وَلَوْ لَمْ يَعْلَمْ بِأَنَّهَا حُرَّةٌ فَقَالَتِ الوَرَثَةُ أَنْتِ أُمُّ وَلَدٍ فَلَا مِيرَاثَ لَهَا، ولكن لها مهر مثلها؛ لأنَّهم أقرُّوا بالدخول بها ولم يثبت كونها أم ولدٍ بقولهم، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(بَابُ حَضَانَةِ الوَلَدِ وَمَنْ أَحَقُّ بِهِ)

(وَإِذَا وَقَعَتِ الفُرْقَةُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ فَالأُمُّ أَحَقُّ بِالوَلَدِ) لِمَا رُوِيَ «أَنَّ امْرَأَةً قَالَتْ:

باب الولد من أحق به

هذه فصول وأبواب متلاصقة بعضها ببعض نسبةً، فإنه لما ذكر ثبوت النسب من المنكوحات والمعتدات، احتاج إلى ذكر ثبوت من يكون عنده ذلك الولد الذي ثبت نسبه من الزوج، ثم ذكر فصل من لو غاب بالولد مَنْ عنده؛ ثم ذكر نفقة والدة ذلك الولد؛ لأنها أصله، ثم ذكر ما تحتاج هي إليه من السكنى وغيرها، ثم ذكر أنواع من يجب عليه النفقة والسكنى من الزوجات، ثم ذكر نفقة ذلك الولد؛ لأنها فرعها فذكر الفرع مؤخر عن ذكر الأصل، ثم لمَّا وقع في ذكر النفقات ذكر من يجب عليه نفقته من ذوي الأرحام والمماليك.

اعلم بأن الصغار لمَّا بهم من العجز عن النظر لأنفسهم، والقيام بجوائجهم، جعل الشرعُ الولايةَ إلى من هو مُشفِق عليهم، فجعل حق التصرف إلى الإباء لقوة رأيهم مع الشفقة، والتصرف يستدعي قوَّة الرأي، وجعل حق الحضانة إلى الأُمَّهات لرفقهن في ذلك مع الشفقة وقُدرتهن على ذلك بلزوم البُيوت، والظاهر أن الأم أحنَى وأشفق على الولد من الأب فيتحمَّل من المشقَّة في ذلك ما لا يتحمله الأبُ، وفي تفويض ذلك إليها زيادةُ منفعة للولد.

والأصل فيه حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: «أنَّ امرأة جاءت إلى رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم فقالت: إن ولدي هذا قد كان له بطني وعاءً» الحديث، ولمَّا خاصم عُمر رضي الله عنه أُمَّ عاصم بين يدي أبي بكر رضي الله عنه لينتزع العاصمَ منها قال له أبو بكر رضي الله عنه: ريحُها خير له من سَمْن وعسل عندك يا عمر، فدَعْه عندها حتى يشبَّ، وفي رواية: فريح لفاعلها خيرٌ له من سمن وعسل عندك، كذا في «المبسوط».

يَا رَسُولَ اللهِ إِنَّ ابْنِي هَذَا كَانَ بَطْنِي لَهُ وِعَاءً وَحِجْرِي لَهُ حِوَاءً وَثَدْيِي لَهُ سِقَاءً وَزَعَمَ أَبُوهُ أَنَّهُ يَنْزِعُهُ مِنِّي، فَقَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -: أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَتَزَوَّجِي» وَلِأَنَّ الأُمَّ أَشْفَقُ وَأَقْدَرُ عَلَى الحَضَانَةِ فَكَانَ الدَّفْعُ إِلَيْهَا أَنْظَرَ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ الصِّدِّيقُ بِقَوْلِهِ: رِيقُهَا خَيْرٌ لَهُ مِنْ شَهْدٍ وَعَسَلٍ عِنْدَكَ يَا عُمَرُ، قَالَهُ حِينَ وَقَعَتِ الفُرْقَةُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ امْرَأَتِهِ وَالصَّحَابَةُ حَاضِرُونَ مُتَوَافِرُونَ.

(وَالنَّفَقَةُ عَلَى الأَبِ) عَلَى مَا نَذْكُرُ (وَلَا تُجْبَرُ الأُمُّ عَلَيْهِ) لِأَنَّهَا عَسَتْ تَعْجِزُ عَنِ الحَضَانَةِ (فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ أُمٌّ فَأُمُّ الأُمِّ أَوْلَى مِنْ أُمِّ الأَبِ وَإِنْ بَعُدَتْ) لِأَنَّ هَذِهِ الوِلَايَةَ تُسْتَفَادُ مِنْ قِبَلِ الأُمَّهَاتِ.

الحِواءُ: جماعةُ بيوتٍ من الناس مجتمعةٍ، والجمعُ الأحويةُ وهي من الوَبَر، كذا في «الصحاح».

قوله: وَلَا تُجْبَرُ الأُمُّ عَلَيْهِ، أي: على أخذ الولد يعني إذا أبت، أو لم تطلب، إلا أن لا يكون للولد ذو رحم محرم سوى الأم، فحينئذٍ تجبر الأم على حضانته كيلا يفوت حق الولد أصلًا؛ لأنه لا شفقة للأجنبية أصلًا، كذا في «مبسوط شيخ الإسلام».

وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله: ولا تجبر الأم على الحضانة؛ لأنَّها عسى لا تقدر، واختيار أبي الليث والهندواني رحمهما الله أنَّها تجبر؛ لأن ذلك حق الولد، وإن امتنع الأب عن أخذ الولد بعد استغنائه من الأم يجبر؛ لأن نفقته وصيانته عليه، فإن لم تكن أم، وعدم كونها على وجهين: إمَّا أن تكون ميتةً أو تزوجت أجنبيًّا.

قوله: لِأَنَّ هَذِهِ الوِلَايَةَ تُسْتَفَادُ مِنْ قِبَلِ الأُمَّهَاتِ؛ لأن حق الحضانة بسبب الأموميَّة، وهي أُمٌّ تدلى بأم، فهي أوْلَى من أم الأب؛ لأنَّها تدلى بقرابة الأب، وقرابةُ الأم في الحضانة مقدمة على قرابة الأب، ويستوي إن كانت مسلمةً أو كتابيَّةً أو مجوسيَّةً؛ لأن حق الحضانة لها للشفقة على الولد، ولا يختلفُ ذلك باختلاف الدين على ما قيل: كل شيء يحب ولده حتى الحبارى.

(فَإِنْ لَمْ تَكُنْ أُمّ الأُمِّ فَأُمُّ الأَبِ أَوْلَى مِنَ الأَخَوَاتِ) لِأَنَّهَا مِنَ الأُمَّهَاتِ، وَلِهَذَا تَحَرَّزَ مِيرَاثُهُنَّ السُّدُسُ وَلِأَنَّهَا أَوْفَرُ شَفَقَةً لِلْوِلادِ (فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ جَدَّةٌ فَالأَخَوَاتُ أَوْلَى مِنَ العَمَّاتِ وَالخَالاتِ) لِأَنَّهُنَّ بَنَاتُ الأَبَوَيْنِ وَلِهَذَا قُدِّمْنَ فِي المِيرَاثِ، وَفِي رِوَايَةِ الخَالَةُ أَوْلَى مِنَ الأُخْتِ لِأَبٍ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الخَالَةُ وَالِدَةٌ» وَقِيلَ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَرَفَعَ أَبَوَيْهِ عَلَى العَرْشِ﴾ [يوسف: ١٠٠] أَنَّهَا كَانَتْ خَالَتَهُ (وَتُقَدَّمُ الأُخْتُ لِأَبٍ وَأُمٍّ) لِأَنَّهَا أَشْفَقُ (ثُمَّ الأُخْتُ مِنَ الأُمِّ ثُمَّ الأُخْتُ مِنَ الأَبِ)

قوله: فَإِنْ لَمْ تَكُنْ أُمّ الأُمِّ فَأُمُّ الأَبِ أَوْلَى، وإن علت، وعلى قول زفر الأخت من الأب والأم أو من الأم أو الخالة أحق من الجدة أم الأب؛ لأنَّها تدلى بقرابة الأب ومن سميناه بقرابة الأم، واستحقاق الحضانة باعتبار قرابة الأم، ولكنَّا نقول: هذه أمٌّ في نفسها كأم الأُمِّ، والأم مقدمةٌ على غيرها في الحضانة، ثم أصل الشفقة باعتبار الولادة وذلك للجدات، دون الأخوات والخالات، فلهذا كانت أم الأب أحق.

قوله: وَفِي رِوَايَةِ الخَالَةُ أَوْلَى مِنَ الأُخْتِ لِأَبٍ، فذكر في كتاب النكاح: ثم بعد الأخت لأم الأخت لأب أوْلَى من الخالة، اعتبارًا بقرب القرابة، والأخت لأب أقرب؛ لأنَّها ولد الأب والخالة ولد الجد.

وفي كتاب الطلاق قال: الخالة أولى من الأخت لأب، اعتبارًا بالمدلى به، فإن الخالة تدلى بالأم، والأخت لأب تدلى بالأب، والأم في حق الحضانة مقدمة على الأب، فكذلك من يدلى بقرابة الأم يكون مقدمًا على من يدلى بقرابة الأب.

قوله: وَتُقَدَّمُ الأُخْتُ لِأَبٍ وَأُمٍّ، أي: على الأخت لأم، وعلى قول زفر رحمه الله: هما مستويتان؛ لأن ثبوت هذا الحق بقرابة الأم، وهما سواء في ذلك، ولكنا نقول: قرابة الأخت لأب وأم من وجهين، والشفقة بالقرابة فذو القرابتين يكون أشفق، فكان بالحضانة أحق، ويجوز أن يقع الترجيح بما لا يكون علة للاستحقاق، ألا ترى أنَّ الأخ لأب وأم مقدم

لِأَنَّ الحَقَّ لَهُنَّ مِنْ قِبَلِ الأُمِّ (ثُمَّ الخَالَاتُ أَوْلَى مِنَ العَمَّاتِ) تَرْجِيحًا لِقَرَابَةِ الأُمِّ (وَيَنْزِلْنَ كَمَا نَزَّلْنَا الأَخَوَاتُ) مَعْنَاهُ تَرْجِيحُ ذَاتِ قَرَابَتَيْنِ ثُمَّ قَرَابَةِ الأُمِّ (ثُمَّ العَمَّاتُ يَنْزِلْنَ كَذَلِكَ، وَكُلُّ مَنْ تَزَوَّجَتْ مِنْ هَؤُلَاءِ يَسْقُطُ حَقُّهَا) لِمَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّ زَوْجَ الأُمِّ إِذَا كَانَ أَجْنَبِيًّا يُعْطِيهِ نَزْرًا وَيَنْظُرُ إِلَيْهِ شَزْرًا فَلَا نَظَرَ.

قَالَ: (إِلَّا الجَدَّةَ إِذَا كَانَ زَوْجُهَا الجَدُّ) لِأَنَّهُ قَامَ مَقَامَ أَبِيهِ فَيَنْظُرُ لَهُ (وَكَذَلِكَ كُلُّ زَوْجٍ هُوَ ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ) لِقِيَامِ الشَّفَقَةِ نَظَرًا إِلَى القَرَابَةِ القَرِيبَةِ (وَمَنْ سَقَطَ حَقُّهَا بِالتَّزَوُّجِ يَعُودُ إِذَا ارْتَفَعَتِ الزَّوْجِيَّةُ) لِأَنَّ المَانِعَ قَدْ زَالَ (فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لِلصَّبِيِّ امْرَأَةٌ مِنْ أَهْلِهِ فَاخْتَصَمَ فِيهِ الرِّجَالُ فَأَوْلَاهُمْ أَقْرَبُهُمْ تَعْصِيبًا) لِأَنَّ الوِلَايَةَ لِلْأَقْرَبِ

في العصوبة على الأخ لأب بسبب قرابة الأم، وقرابة الأم ليست بسببٍ لاستحقاق العصوبة بها، كذا في «المبسوط»، و«الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله.

قوله: يَسْقُطُ حَقُّهَا؛ لِمَا رَوَيْنَا، وهو ما ذكر من قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَتَزَوَّجِي».

يقال: شيء نَزْرٌ، أي: قليل، ويقال: نظرَ إليه شزْرًا، وهو نظر المُبغِض، كذا في «الديوان».

قوله: وَكَذَلِكَ كُلُّ زَوْجٍ هُوَ ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ، كعمِّ الولد إذا تزوج أم الولد.

قوله: فَأَوْلَاهُمْ أَقْرَبُهُمْ تَعْصِيبًا، وإذا اجتمع إخوة لأب وأم فأفضلهم صلاحـًا وورعـًا أحقُّ به؛ لأن ضمَّه إلى أقرب العصبات لمنفعة الولد، ولهذا قُدِّم الأقرب، وضمُّه إلى أبيَنهم صلاحـًا أنفع للولد؛ لأنه يتخلق بأخلاقه، فإن كانوا في ذلك سواء فأكبرهم أحقُّ؛ لقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «الكِبَرُ الكِبَرُ»[1]؛ ولأن حق أكبرهم أسبق ثبوتـًا، فعند التعارض يترجح بذلك، كذا في «المبسوط».

---

(١) في هامش نسخة (ج): أي: قدّم الأكبر بأكبر، وفي هامش نسخة (ف١): الكُبَر: جمع أكبر.

وَقَدْ عُرِفَ التَّرْتِيبُ فِي مَوْضِعِهِ، غَيْرَ أَنَّ الصَّغِيرَةَ لا تُدْفَعُ إِلَى عَصَبَةٍ غَيْرِ مُحَرَّمٍ كَمَوْلَى العَتَاقَةِ وَابْنِ العَمِّ تَحَرُّزًا عَنِ الفِتْنَةِ.

(وَالأُمُّ وَالجَدَّةُ أَحَقُّ بِالغُلَامِ حَتَّى يَأْكُلَ وَحْدَهُ وَيَشْرَبَ وَحْدَهُ وَيَلْبَسَ وَحْدَهُ وَيَسْتَنْجِيَ وَحْدَهُ، وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: حَتَّى يُسْتَغْنَى فَيَأْكُلُ وَحْدَهُ وَيَشْرَبُ وَحْدَهُ وَيَلْبَسُ وَحْدَهُ) وَالمَعْنَى وَاحِدٌ لِأَنَّ تَمَامَ الِاسْتِغْنَاءِ بِالقُدْرَةِ عَلَى الِاسْتِنْجَاءِ، وَوَجْهُهُ أَنَّهُ إِذَا اسْتَغْنَى يَحْتَاجُ إِلَى التَّأَدُّبِ وَالتَّخَلُّقِ بِآدَابِ الرِّجَالِ وَأَخْلَاقِهِمْ، وَالأَبُ أَقْدَرُ عَلَى التَّأْدِيبِ وَالتَّثْقِيفِ، وَالخَصَّافُ قَدَّرَ الِاسْتِغْنَاءَ بِسَبْعِ سِنِينَ اعْتِبَارًا لِلْغَالِبِ

قوله: غَيْرَ أَنَّ الصَّغِيرَةَ لا تُدْفَعُ إِلَى عَصَبَةٍ غَيْرِ مُحَرَّمٍ، أي: مع وجود محرم غير العصبة كالخال مع ابن العم، فإنه يدفع إلى الخال، وهذا في رواية عن محمد.

وذكر الإمام التمرتاشي: فإن لم يكن واحد من العصبة يدفع إلى الأخ لأم عند أبي حنيفة رضي الله عنه، ثم إلى ذوي الأرحام الأقرب فالأقرب، وقال محمد رحمه الله: لا حقَّ لذكر من قبل النساء، والتدبير للقاضي يدفع إلى ثقة تحضنه حتى تستغني، وعنه أنه يثبت لهم الحق ولا حق لغير المحرم في حضانة الجارية، ولا للأم التي ليست بمأمونة ولا للعصبة الفاسق على الصغير.

قوله: وَوَجْهُهُ أَنَّهُ إِذَا اسْتَغْنَى يَحْتَاجُ إِلَى التَّأَدُّبِ، وتعلُّم أعمال الرجال، والأب على ذلك أقدر، ويحتاج إلى من يتفقه ويؤدبه، والأبُ هو الذي يقوى على ذلك؛ ولأن صحبة النساء مفسدة للرجال، فإذا ترك عندها ينكسر لسانه، ويميل طبعه إلى طبع النِّساء ورُبَّما يجيء مخنثًا، فلذلك يدفع إلى الأب بعد ذلك، كذا في «المبسوط».

قوله: اعْتِبَارًا لِلْغَالِبِ؛ لأن الغالب أن الصبي إذا بلغ سبع سنين يستغنى عن الحضانة والتربية، فحينئذٍ يستنجي وحده، قال النبي صلَّى الله عليه وسلَّم: «مرُوا صبيانكم بالصلاة إذا بلغوا سبعـًا»، والأمر بالصلاة لا يكون إلا بعد القدرة على الطهارة.

(وَالأُمُّ وَالجَدَّةُ أَحَقُّ بِالجَارِيَةِ حَتَّى تَحِيضَ) لِأَنَّ بَعْدَ الِاسْتِغْنَاءِ تَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ آدَابِ النِّسَاءِ وَالمَرْأَةُ عَلَى ذَلِكَ أَقْدَرُ وَبَعْدَ البُلُوغِ تَحْتَاجُ إِلَى التَّحْصِينِ وَالحِفْظِ وَالأَبُ فِيهِ أَقْوَى وَأَهْدَى، وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهَا تُدْفَعُ إِلَى الأَبِ إِذَا بَلَغَتْ حَدَّ الشَّهْوَةِ لِتَحَقُّقِ الحَاجَةِ إِلَى الصِّيَانَةِ.

(وَمَنْ سِوَى الأُمِّ وَالجَدَّةِ أَحَقُّ بِالجَارِيَةِ حَتَّى تَبْلُغَ حَدًّا تُشْتَهَى، وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: حَتَّى تَسْتَغْنِيَ) لِأَنَّهَا لا تَقْدِرُ عَلَى اسْتِخْدَامِهَا، وَلِهَذَا لا تُؤَاجِرُهَا لِلْخِدْمَةِ

قوله: تَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ آدَابِ النِّسَاءِ، من الغزل والطبخ وغسل الثياب، والأم أقدر على ذلك.

وإذا دفعت إلى الأب اختلطت بالرجال، فيقل حياؤُها والحياء في النساء زينة، فإنَّما يبقى ذلك إذا كانت تحت ذَيْل أمها، فكانت هي أحق بها حتى تحيض، فإذا بلغت احتاجت إلى التزويج وولايةُ التزويج إلى الأب، وصارت عُرْضةً للفتنة ومَطمعًا للرجال وبالرجال من الغيرة ما ليس بالنساء، فيتمكن الأبُ من حفظها على وجه لا تتمكن الأم من ذلك.

وفي نوادر هشام عن محمد رحمهما الله: إذا بلغت حدَّ الشهوة، فالأب أحقُّ بِها للمعنى الذي أشرنا إليه، وهو قوة غيرة الرجل، فإن الأم ربما تُخدع فتقع في الفتنة ولا تُشعِر الأم بذلك، ويُؤمن ذلك على الأب، كذا في «المبسوط».

وذُكر في «غياث المفتي»: أن للأب ولاية أخذ الجارية إذا بلغت حد الشهوة، قال: والاعتماد على هذه الرواية لفساد الزمان، وإذا بلغت إحدى عشرة سنة فقد بلغت حد الشهوة في قولهم.

قوله: وَمَنْ سِوَى الأُمِّ وَالجَدَّةِ أَحَقُّ بِالجَارِيَةِ حَتَّى تَبْلُغَ حَدًّا تُشْتَهَى، وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: حَتَّى تَسْتَغْنِيَ، يعني: إن كانت الجارية عند غير الأم والجدتين نحو الأخوات والخالات والعمَّات، فإنها تترك عندهن على رواية «الجامع الصغير» إلى أن تأكل وحدها

فَلَا يَحْصُلُ المَقْصُودُ، بِخِلَافِ الأُمِّ وَالجَدَّةِ لِقُدْرَتِهِمَا عَلَيْهِ شَرْعًا.

قَالَ: (وَالأَمَةُ إِذَا أَعْتَقَهَا مَوْلَاهَا وَأُمُّ الوَلَدِ إِذَا أُعْتِقَتْ كَالحُرَّةِ فِي حَقِّ الوَلَدِ) لِأَنَّهُمَا حُرَّتَانِ أَوْ أَنَّ ثُبُوتَ الحَقِّ (وَلَيْسَ لَهُمَا قَبْلَ العِتْقِ حَقٌّ فِي الوَلَدِ لِعَجْزِهِمَا) عَنِ الحَضَانَةِ بِالِاشْتِغَالِ بِخِدْمَةِ المَوْلَى (وَالذِّمِّيَّةُ أَحَقُّ بِوَلَدِهَا المُسْلِمِ مَا لَمْ يَعْقِلِ الأَدْيَانَ أَوْ يَخَفْ أَنْ يَأْلَفَ الكُفْرَ) لِلنَّظَرِ قَبْلَ ذَلِكَ وَاحْتِمَالِ الضَّرَرِ بَعْدَهُ (وَلَا خِيَارَ لِلْغُلَامِ وَالجَارِيَةِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَهُمَا الخِيَارُ لِأَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -

وتلبس وحدها، ثم تدفع إلى الأب، وهي والصغير سواء؛ لأنَّها وإن كانت تحتاج إلى العلم وآداب النساء، إلا أن فيه نوع استخدام للصغيرة، وليس لغير الأم والجدتين ولاية الاستخدام، فتدفع إلى الأب احترازًا عن المعصية، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله.

قوله: وَلَيْسَ لَهُمَا قَبْلَ العِتْقِ حَقٌّ فِي الوَلَدِ، والأمة إذا فارقها زوجها، فإن الولد لمولى الأمة رقيق، يأخذه المولى وهو أولَى به من الأب؛ لأن الولد يتبع الأم في الملك، والمملوك مالكه أحق به من غيره، وكذلك إن كان الزوج حرًّا لم يفارق أمه فالمولى أولى بالولد لكونه مملوكًا له.

ولكن لا ينبغي أن يفرق بين الولد الصغير وبين أمه؛ لقوله تعالى: ﴿لَا تُضَآرَّ وَالِدَةُۢ بِوَلَدِهَا﴾ [البقرة: ٢٣٣]، ولقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة»، كذا في «المبسوط»، و«الجامع الصغير» لقاضي خان.

قوله: وَالذِّمِّيَّةُ أَحَقُّ بِوَلَدِهَا المُسْلِمِ، بأن كان زوجها مسلمًا.

قوله: مَا لَمْ يَعْقِلِ الأَدْيَانَ أَوْ يَخَفْ، هذا ظاهر، **وقوله:** يَخَفْ، انجزم بالعطف على: لَمْ يَعْقِلْ، ولكن كان بخط شيخي رحمه الله: أو يُخافُ، معربـًا بالرفع فكان استئنافـًا.

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: لَهُمَا الخِيَارُ، وذكر في «الهادي» لقطب الدين النيسابوري من أصحاب الشافعي رحمه الله: وإذا بلغ الصبي سنَّ التمييز يخيّر بين الأبوين،

خَيَّرَ، وَلَنَا أَنَّهُ لِقُصُورِ عَقْلِهِ يَخْتَارُ مَنْ عِنْدَهُ الدَّعَةُ لِتَخْلِيَتِهِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّعِبِ فَلَا يَتَحَقَّقُ النَّظَرُ، وَقَدْ صَحَّ أَنَّ الصَّحَابَةَ لَمْ يُخَيِّرُوا، أَمَّا الحَدِيثُ فَقُلْنَا قَدْ قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «اللَّهُمَّ اهْدِهِ» فَوُفِّقَ لِاخْتِيَارِهِ الأَنْظَرَ بِدُعَائِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَوْ يُحْمَلُ عَلَى مَا إِذَا كَانَ بَالِغًا.

ويسلم إلى من اختاره، فإن رجع استرد واستوى فيه الذكر والأنثى، ولا يخير بين غير الوالدين بوجه، وإذا اختار الأبَ فلا يمنع من الزيادة، وإذا اختار الأم فعلى الأب مراعاته وتسليمه إلى المكتب والحرفة.

قوله: وَلَنَا أَنَّهُ لِقُصُورِ عَقْلِهِ يَخْتَارُ مَنْ عِنْدَهُ الدَّعَةُ، أي: الخفضُ والراحةُ، والهاء عوض من الواو، يقول: منه وَدُعَ الرجل بالضم، كذا في «الصحاح».

وذكر في «المبسوط»: يكون في القول بالتخيير بناء الإلزام والحكم على قول الصبي، وذلك لا يجوز.

قوله: فَوُفِّقَ لِاخْتِيَارِهِ الأَنْظَرَ بِدُعَائِهِ، وذكر صدر الإسلام رحمه الله في «الجامع الصغير» وقال: خيّره النبي صلَّى الله عليه وسلَّم فقال: «اللَّهُمَّ اهْدِهِ»، فاختار الأم، وكانت دعوته مستجابة، ومثل هذا لا يوجد في غيره، ويحتمل أنه كان في الصبي العاقل.

قوله: أَوْ يُحْمَلُ عَلَى مَا إِذَا كَانَ بَالِغًا، أي: عاقلًا، على ما ذكره صدر الإسلام، أو أراد به حقيقة البلوغ، فإنه إذا بلغ رشيدًا له أن يتفرد بالسكنى، وله أن يكون بأيّهما أراد.

وذكر في «المبسوط» مسائلَ واقعةً بعد هذا فقال: ثمَّ الغلام إذا بلغ رشيدًا فله أن يتفرَّد بالسكنى، وليس للأب أن يضمَّه إلى نفسه إلا أن يكون مُفسِدًا مخوفًا عليه، فحينئذٍ له أن يضمَّه إلى نفسه اعتبارًا لنفسه بماله، فإنه بعدما بلغ رشيدًا لا يبقى للأب يدٌ في ماله، فكذلك في نفسه، وإذا بلغ مُبذِّرًا كان للأب ولاية حفظ ماله، فكذلك له أن يضمه إلى نفسه إما لدفع الفتنة، أو لدفع العار عن نفسه، فإنه يُعيّر بفساد ولده.

....

وأمَّا الجارية إذا كانت بكرًا فللأب أن يضمَّها إلى نفسه بعد البلوغ؛ لأنَّها لم تختبر الرجال فتكون سريعة الانخداع.

وأمَّا إذا كانت ثيِّباً فلها أن تتفرَّد بالسكنى؛ لأنها قد اختبرت الرجال وعرفت كيْدَهم ومكرَهم، فليس للأب أن يضمها إلى نفسه؛ لأن ولايته قد زالت بالبلوغ، وإنما بقي حق الضم في البكر؛ لأنَّها عُرضةٌ للفتنة والانخداع وذلك غير موجود في الثيب، والأصل فيه قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «الثيِّبُ أحق بنفسها من وليّها» يعني في التفرد بالسكنى، ولكن هذا إذا كانت مأمونًا عليها، وقد ذكر في كتاب الطلاق أن الثيّب إذا كانت مخوفاً على نفسها لا يُوثق بها، فللأب أن يضمها إليه لبقاء الخوف.

وأمَّا البكر فإن لم يكن لها أب ولا جدٌّ وكان لها أخ أو عم فله أن يضمها إليه أيضاً؛ لأنه مُشفِق عليها، بمنزلة ولاية التزويج يثبت للأخ والعم بعد الأب والجد، فإن كان أخوها أو عمّها مُفسِدًا لم يُخلّ بينه وبينها؛ لأن ضمّها إليه لدفع الفتنة، فإذا كان سبباً للفتنة لم يكن له حق ضمها إليه، بل يُجعل هو كالمعدوم، فتكون ولاية النظر بعد ذلك للقاضي، ينظر امرأةً من المسلمين ثِقةً له فيضعها عندها، فإن كانت البكر قد دخلت في السن واجتمع لها رأيُها وعقلُها، وأخوها وعمّها مخوف عليهما، فلها أن تنزل حيث شاءت في مكان لا يُتخوّف عليها؛ لأن الضم كان لخوف الفتنة بسبب الانخداع وفرط الشَّبق، وقد زال حين دخلت في السن، واجتمع لها عقلُها ورأيُها، والله تعالى أعلم.

(فَصْلٌ)

(وَإِذَا أَرَادَتِ المُطَلَّقَةُ أَنْ تَخْرُجَ بِوَلَدِهَا مِنَ المِصْرِ فَلَيْسَ لَهَا ذَلِكَ) لِمَا فِيهِ مِنَ الإِضْرَارِ بِالأَبِ (إِلَّا أَنْ تَخْرُجَ بِهِ إِلَى وَطَنِهَا وَقَدْ كَانَ الزَّوْجُ تَزَوَّجَهَا فِيهِ) لِأَنَّهُ التَزَمَ المَقَامَ فِيهِ عُرْفًا وَشَرْعًا، قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ تَأَهَّلَ بِبَلْدَةٍ فَهُوَ مِنْهُمْ» وَلِهَذَا يَصِيرُ الحَرْبِيُّ بِهِ ذِمِّيًّا، وَإِنْ أَرَادَتِ الخُرُوجَ إِلَى مِصْرٍ غَيْرِ وَطَنِهَا وَقَدْ كَانَ

فصلٌ

قوله: وَإِذَا أَرَادَتِ المُطَلَّقَةُ، أي: بعد انقضاء العدة.

قوله: إِلَّا أَنْ تَخْرُجَ بِهِ إِلَى وَطَنِهَا وَقَدْ كَانَ الزَّوْجُ تَزَوَّجَهَا فِيهِ، وأصل هذا ما ذكر في «الجامع الصغير» لقاضي خان وغيره: رجل تزوج امرأة من أهل الشام بالشام، فقدم بها إلى الكوفة، فولدت منه أولادًا، ثم طلقها ثلاثًا وانقضت عدتها، فلها أن تخرج بأولادها إلى الشام من غير رضى الأب، وإن كان تزوجها بالكوفة وهي من أهل الشام لم يكن لها أن تخرج بأولادها من الكوفة، وهذه المسألة بناءٌ على ما تقدَّم أن الأم أحقُّ بالولد الصغير.

قوله: وَلِهَذَا يَصِيرُ الحَرْبِيُّ بِهِ ذِمِّيًّا، هذا اللفظ بجملته وقع غلطًا، فإنه ذكر في سير هذا الكتاب، وسير سائر الكتب من «السير الكبير» وغيره: إذا تزوج المستأمن ذميَّة لا يصير ذميًّا؛ لأنه يمكنه أن يطلقها فيرجع.

وقد وجدتُّ بخط شيخي رحمه الله: ليس في النسخة التي قوبلت مع نسخة المصنف هذه الجملة، بل اتصل قوله: وَإِنْ أَرَادَتِ الخُرُوجَ، بقوله: فَهُوَ مِنْهُمْ، وما ذكر هاهُنا في بعض النسخ وقع سهوًا، وغير بعضهم لفظ الحربي بلفظ الحربية.

التَّزَوُّجُ فِيهِ أَشَارَ فِي الكِتَابِ إِلَى أَنَّهُ لَيْسَ لَهَا ذَلِكَ، وَهَذَا رِوَايَةُ كِتَابِ الطَّلَاقِ، وَقَدْ ذَكَرَ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ أَنَّ لَهَا ذَلِكَ لِأَنَّ العَقْدَ مَتَى وُجِدَ فِي مَكَان يُوجِبُ أَحْكَامَهُ فِيهِ كَمَا يُوجِبُ البَيْعُ التَّسْلِيمَ فِي مَكَانِهِ، وَمِنْ جُمْلَةِ ذَلِكَ حَقُّ إِمْسَاكِ الأَوْلَادِ، وَجْهُ الأَوَّلِ أَنَّ التَّزَوُّجَ فِي دَارِ الغُرْبَةِ لَيْسَ التِزَامًا لِلْمُكْثِ فِيهِ عُرْفًا، وَهَذَا أَصَحُّ، وَالحَاصِلُ أَنَّهُ لا بُدَّ مِنَ الأَمْرَيْنِ جَمِيعًا: الوَطَنُ وَوُجُودُ النِّكَاحِ، وَهَذَا كُلُّهُ

وقال بعضهم: الضمير في: بِهِ، راجع إلى التزام المقام، لا إلى التزوج ولكن الصحيح ما ألقيته عليك أولًا.

قوله: أَشَارَ فِي الكِتَابِ إِلَى أَنَّهُ لَيْسَ لَهَا ذَلِكَ، أراد بالكتاب كتاب القدوري، فإن **قوله:** إِلَّا أَنْ تَخْرُجَ بِهِ إِلَى وَطَنِهَا، تخصيص لوطنها بالاستثناء، فكان غيره داخلًا في الحَظْر، ومن ذلك الغير غيرُ وطنها الذي وُجد التزوّج فيه فكان الانتقال إليه محظورًا.

وأمّا إذا كان في عكسه بأن أرادت الانتقال إلى مصرٍ هو مصرها، لكن لم يكن أصلُ العقد بها لم يكن لها أن تنتقل بأولادها إليها باتفاق الروايات، كذا ذكره الإمام الكشانِي رحمه الله تعالى.

قوله: وَمِنْ جُمْلَةِ ذَلِكَ حَقُّ إِمْسَاكِ الأَوْلَادِ؛ لأن الأولاد من ثمرات النكاح، فيجبُ مراعاة الثمرات في مكان العقد اعتبارًا للثمرات بالأحكام من وجوب التسليم والتسلّم.

قوله: وَالحَاصِلُ أَنَّهُ لا بُدَّ مِنَ الأَمْرَيْنِ جَمِيعًا: الوَطَنُ وَوُجُودُ النِّكَاحِ، ولكن بعد وجود هذين الوصفين وصف آخر شرط فيه أيضًا، وهو أن لا تريد الانتقال إلى دار الحرب، فإنه ليس لها أن ينتقل إلى دار الحرب، وإن كان دار الحرب وطنها وقد وقع التزوّج فيها، فإنه ذكر في «شرح الطحاوي» رحمه الله: ولو أرادت أن تنتقل من دار الإسلام إلى دار الحرب فليس لها ذلك، وإن كان أصل النكاح وقع هناك وهي حربية بعد أن يكون زوجها مسلمًا أو ذميًّا، وإن كان كلاهما حربيين فلها ذلك.

إذَا كَانَ بَيْنَ المِصْرَيْنِ تَفَاوُتٌ، أَمَّا إذَا تَقَارَبَا بِحَيْثُ يُمْكِنُ لِلْوَالِدِ أَنْ يُطَالِعَ وَلَدَهُ وَيَبِيتَ فِي بَيْتِهِ فَلَا بَأْسَ بِهِ، وَكَذَا الجَوَابُ فِي القَرْيَتَيْنِ.

وَلَوِ انْتَقَلَتْ مِنْ قَرْيَةِ المِصْرِ إلَى المِصْرِ لا بَأْسَ بِهِ لِأَنَّ فِيهِ نَظَرًا لِلصَّغِيرِ حَيْثُ يَتَخَلَّقُ بِأَخْلَاقِ أَهْلِ المِصْرِ وَلَيْسَ فِيهِ ضَرَرٌ بِالأَبِ، وَفِي عَكْسِهِ ضَرَرٌ بِالصَّغِيرِ لِتَخَلُّقِهِ بِأَخْلَاقِ أَهْلِ السَّوَادِ فَلَيْسَ لَهَا ذَلِكَ.

قوله: بَيْنَ المِصْرَيْنِ تَفَاوُتٌ، أي بعد.

قوله: وَفِي عَكْسِهِ، وهو أن تنتقل بالولد من المصر إلى القرية فليس لها ذلك، وإن كانت قريبة إلا إذا وقع أصل النكاح هناك فحينئذٍ لها ذلك، كذا في «شرح الطحاوي».

قوله: ضَرَرٌ بِالصَّغِيرِ، أي: وإن لم يكن فيه ضرر بالأب؛ لإمكان مطالعته إيَّاه بسبب قربه، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(بَابُ النَّفَقَةِ)

قَالَ: (النَّفَقَةُ وَاجِبَةٌ لِلزَّوْجَةِ عَلَى زَوْجِهَا مُسْلِمَةً كَانَتْ أَوْ كَافِرَةً إِذَا سَلَّمَتْ نَفْسَهَا إِلَى

باب النفقات

النفقة اسم بمعنى الإنفاق، وهو عبارة عن الإدرار على الشيء بما هو بقاء ذلك الشيء به، وحقيقته جعلُه نافعًا في حقِّه، أي: هالكًا من نفقتِ الدَّابة، أي: هلكت، وذكر الزمخشري: وتركيب الكلمة يدل على الهلاك والذهاب، فإنَّ ما كان فاؤه نونًا وعينُه فاءً دالٌّ على ذلك، كنَفِدَ، ونَفَر.

ثم اعلم بأن نفقة الغير تجبُ على الغير بأسباب: منها الزوجية، ومنها النسب، ومنها الملك، فبدأ الباب ببيان نفقة الزوجات.

والأصل فيه: قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾، وقال تعالى: ﴿وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ﴾ [النساء: ٣٤]، وقال تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: ٦]، معناه: أسكنوهن من حيث سكنتم، وأنفقوا عليهن من وجدكم، وبه قرأ عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، وقال صلَّى الله عليه وسلَّم: «أوصيكم بالنساء خيرًا، فإنَّهن عندكم عوانٍ، اتخذتموهنَّ بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله، وإن لكم عليهن أن لا يوطئن فُرشكم أحدًا، وأن لا يأذن في بيوتكم لأحدٍ تكرهونه، فإذا فعلن ذلك فاضربوهن ضربًا غير مبرح، وإن لهنَّ عليكم نفقتهن وكسوتهن بالمعروف»، كذا في «المبسوط»، و«الذخيرة».

قوله: إِذَا سَلَّمَتْ نَفْسَهَا إِلَى مَنْزِلِهِ، قلتُ: هذا الشرط ليس بلازم في ظاهر الرواية، فإنه

مَنْزِلِهِ فَعَلَيْهِ نَفَقَتُهَا وَكِسْوَتُهَا وَسُكْنَاهَا) وَالأَصْلُ فِي ذَلِكَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّنْ سَعَتِهِ﴾ [الطلاق: ٧] وقَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وَقَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فِي حَدِيثِ حَجَّةِ الْوَدَاعِ «وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» وَلِأَنَّ النَّفَقَةَ جَزَاءُ الِاحْتِبَاسِ فَكُلُّ مَنْ كَانَ مَحْبُوسًا بِحَقٍّ مَقْصُودٍ لِغَيْرِهِ كَانَتْ نَفَقَتُهُ عَلَيْهِ، أَصْلُهُ الْقَاضِي وَالْعَامِلُ فِي الصَّدَقَاتِ، وَهَذِهِ الدَّلَائِلُ لا فَصْلَ فِيهَا فَتَسْتَوِي فِيهَا الْمُسْلِمَةُ وَالْكَافِرَةُ.

ذكر في «المبسوط»: وفي ظاهر الرواية بعد صحة العقد، النفقة واجبة لها، وإن لم تنتقل إلى بيت الزوج، ألا ترى أن الزوج لو لم يطلب انتقالها إلى بيته كان لها أن تطالبه بالنفقة.

وذكر في «الذخيرة»، و«الإيضاح»: إذا تزوج الرجل امرأةً كبيرةً، فطلبت النفقة وهي في بيت الأب بعدُ فلها ذلك، إذا لم يطالبها الزوج بالنقلة؛ لأن النفقة مستحقة لها على الزوج لما ذكرنا من الدَّلائل، وكل أحدٍ يتمكن من المطالبة بحقه؛ وهذا لأن النفقة حق المرأة، والانتقال حق الزوج، فإذا لم يطالبها بالنقلة فقد ترك حقه، وهذا لا يوجب بطلان حقها.

وقال بعض المتأخرين من أئمَّة بلخ: لا تستحق النفقة إذا لم تزف إلى بيت زوجها، والفتوى على جواب الكتاب، وهو وجوب النفقة وإن لم تزفّ، فإن كان الزوجُ قد طالبها بالنقلة فإن لم تمتنع عن الانتقال إلى بيت زوجها فلها النفقةُ أيضًا، وأمَّا إذا امتنعت عن الانتقال إلى بيت زوجها، إن كان الامتناعُ بحق، بأن امتنعت لتستوفِيَ مهرها فلها النفقةُ، وأمَّا إذا كان الامتناع بغير حق، بأن كان أوفاها المهر، أو كان المهر مؤجلًا، أو وهبته منه فلا نفقة لها.

قوله: فَكُلُّ مَنْ كَانَ مَحْبُوسًا بِحَقٍّ مَقْصُودٍ لِغَيْرِهِ كَانَتْ نَفَقَتُهُ عَلَيْهِ، فإن قلتَ: يشكل على هذا الكلي الرهن فإنه محبوس بحق مقصود للمرتهن، وهو الاستيثاق، وأن يكون أحق بها من سائر الغرماء، ومع هذا كانت نفقته على الراهن.

قلتُ: في الرهن كما يحصل مقصود المرتهن يحصل مقصود الراهن أيضًا، وهو أن

(وَيُعْتَبَرُ فِي ذَلِكَ حَالُهُمَا جَمِيعًا) قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ: وَهَذَا اخْتِيَارُ الخَصَّافِ وَعَلَيْهِ الفَتْوَى، وَتَفْسِيرُهُ أَنَّهُمَا إِذَا كَانَا مُوسِرَيْنِ تَجِبُ نَفَقَةُ اليَسَارِ، وَإِنْ كَانَا مُعْسِرَيْنِ فَنَفَقَةُ الإِعْسَارِ، وَإِنْ كَانَتْ مُعْسِرَةً وَالزَّوْجُ مُوسِرًا فَنَفَقَتُهَا دُونَ نَفَقَةِ المُوسِرَاتِ وَفَوْقَ نَفَقَةِ المُعْسِرَاتِ، وَقَالَ الكَرْخِيُّ: يُعْتَبَرُ حَالُ الزَّوْجِ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ﴾ [الطلاق: ٧] وَجْهُ الأَوَّلِ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -

يكون موفياً دينه عند الهلاك.

قوله: وَيُعْتَبَرُ فِي ذَلِكَ حَالُهُمَا، إلى أن قال: وَعَلَيْهِ الفَتْوَى، هذا الذي ذكره على خلاف ظاهر الرواية؛ لأنه ذكر في «المبسوط»، و«الذخيرة»: إن في ظاهر الرواية المعتبر حال الزوج في اليسار والعسرة، قال الله تعالى: ﴿عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٦]، وقال تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ﴾ [الطلاق: ٧] الآية، بيَّن أن التكليف بحسب الوسع وأن النفقة على الرجل بحسب حاله.

وذكر الخصَّاف رحمه الله: أن المعتبر حالهما جميعًا، إلى أن قال: وإذا كانت موسرة والزوج معسرًا، يستوجب عليه فوق ما يستوجب إذا كانت معسرة، ليحصل كفايتها بذلك، وفي ظاهر الرواية نقول: لما زوجت نفسها من معسرٍ فقد رضيت بنفقة المعسرين، فلا تستوجب على الزوج إلا بحسب حاله؛ وإن كانت معسرةً والزوج موسر فنفقتها دون نفقة الموسرات، وفوق نفقة المعسرات، ذكر بيان هذا في «الذخيرة» فقال: وإذا كان الزوج موسرًا مفرط اليسار، نحو أن يأكل الحلواءَ، والحمل المشويَّ، والباجات، والمرأةُ فقيرةً كانت تأكل في بيتها خُبز الشعير لا يؤخذ الزوج أن يُطعمها ما يأكل بنفسه، ولا ما كانت تأكل المرأة في بيت أهلها، ولكن يطعمها فيما بين ذلك، ويطعمها جيد البُرّ وباجة أو باجتين، فهذا هو معنى اعتبار حالهما.

قال مشايخنا رحمهم الله: والمستحب للزوج إذا كان موسرًا والمرأة فقيرة أن يأكل معها ما يأكل بنفسه؛ لأنه مأمور بحُسن العشرة معها، وذلك في أن يؤاكلها لتكون نفقته ونفقتها

لِهِنْدَ امْرَأَةِ أَبِي سُفْيَانَ «خُذِي مِنْ مَالِ زَوْجِكِ مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدِكِ بِالمَعْرُوفِ» اعْتَبَرَ حَالَهَا وَهُوَ الفِقْهُ فَإِنَّ النَّفَقَةَ تَجِبُ بِطَرِيقِ الكِفَايَةِ، وَالفَقِيرَةُ لا تَفْتَقِرُ إِلَى كِفَايَةِ المُوسِرَاتِ فَلَا مَعْنَى لِلزِّيَادَةِ، وَنَحْنُ نَقُولُ بِمُوجَبِ النَّصِّ أَنَّهُ يُخَاطِبُ بِقَدْرِ وُسْعِهِ وَالبَاقِي دَيْنٌ فِي ذِمَّتِهِ، وَمَعْنَى قَوْلِهِ: بِالمَعْرُوفِ الوَسَطُ وَهُوَ الوَاجِبُ، وَبِهِ يَتَبَيَّنُ أَنَّهُ لا مَعْنَى لِلتَّقْدِيرِ كَمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الشَّافِعِيُّ أَنَّهُ عَلَى المُوسِرِ مُدَّانِ وَعَلَى المُعْسِرِ مُدٌّ وَعَلَى المُتَوَسِّطِ مُدٌّ وَنِصْفُ مُدٍّ، لِأَنَّ مَا وَجَبَ كِفَايَةً لا يَتَقَدَّرُ شَرْعًا فِي نَفْسِهِ.

(وَإِنِ امْتَنَعَتْ مِنْ تَسْلِيمِ نَفْسِهَا حَتَّى يُعْطِيَهَا مَهْرَهَا فَلَهَا النَّفَقَةُ) لِأَنَّهُ مَنْعٌ بِحَقٍّ فَكَانَ فَوْتُ الِاحْتِبَاسِ لِمَعْنًى مِنْ قِبَلِهِ فَيُجْعَلُ كَلَا فَائِتٍ.

(وَإِنْ نَشَزَتْ فَلَا نَفَقَةَ لَهَا حَتَّى تَعُودَ إِلَى مَنْزِلِهِ) لِأَنَّ فَوْتَ الِاحْتِبَاسِ مِنْهَا، وَإِنْ

سواءً، قال في الكتاب: وكل جواب عرفته في فرض النفقة من اعتبار حال الزوج أو اعتبار حالهما، فهو الجواب في الكسوة؛ إذ المعنى لا يختلف.

قوله: وَمَعْنَى قَوْلِهِ: بِالمَعْرُوفِ، الوَسَطُ وَهُوَ الوَاجِبُ، والذي يحق على القاضي اعتبار الكفاية بالمعروف فيما هو فرض في كل وقتٍ وأوانٍ، وكما يفرض لها قدر الكفاية من الطعام، فكذلك من الإدام؛ لأن الخُبز لا يتناول إلا مأدومًا عادةً.

وجاء في تأويل قوله تعالى: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ [المائدة: ٨٩]، أنَّ أعلى ما يطعم الرجل أهله الخبز واللحم، وأوسط ما يطعم الرجل أهله الخبز والزيت، وأدنى ما يطعم الرجل أهله الخبز واللبن، وأمَّا الدهن فلأنه لا يستغني عنه خصوصًا في ديار الحر، فهو من أصول الحوائج كالخبز، كذا في «المبسوط».

قوله: وَإِنْ نَشَزَتْ فَلَا نَفَقَةَ لَهَا، وفسَّر الخصاف الناشزة فقال: الناشزة هي الخارجة من منزل زوجها المانعة نفسها منه؛ لأنَّها إذا كانت مقيمة مع الزوج في منزلها فالظاهر أن

عَادَتْ جَاءَ الِاحْتِبَاسُ فَتَجِبُ النَّفَقَةُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا امْتَنَعَتْ مِنَ التَّمْكِينِ فِي بَيْتِ الزَّوْجِ لِأَنَّ الِاحْتِبَاسَ قَائِمٌ وَالزَّوْجُ يَقْدِرُ عَلَى الوَطْءِ كَرْهًا.

(وَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً لا يَسْتَمْتِعُ بِهَا فَلَا نَفَقَةَ لَهَا) لِأَنَّ امْتِنَاعَ الِاسْتِمْتَاعِ لِمَعْنًى فِيهَا، وَالِاحْتِبَاسُ المُوجِبُ مَا يَكُونُ وَسِيلَةً إِلَى مَقْصُودٍ مُسْتَحَقٍّ بِالنِّكَاحِ وَلَمْ يُوجَدْ،

الزوج يقدر على تحصيل المقصود منها، فلا يوجب ذلك بطلان نفقتها.

وكذلك لو كان المنزل ملكاً للمرأة، والزوج يسكن معها فيه، فمنعته من الدخول عليها لم يكن لها نفقةٌ ما دامت على تلك الحالة؛ لأنَّها لمَّا منعته عن الدخول عليها فقد حبست نفسها منه، فصارت كأنها نشزت إلى موضع آخر، إلا أن تكون سألَته أن يُحوِّلها إلى منزله أو يكتريَ لها منزلًا آخر يُصيِّرها فيه، وتقول: إنِّي أحتاج إلى منزلي ومنعته من الدخول عليها فلها ذلك وعليه النفقة؛ لأن منفعة الاحتباس هاهُنا إنما فاتت لمعنًى من جهة الزوج، فلا يوجب بطلان النفقة، كذا في «الذخيرة».

وقيل لشُريح رحمه الله: هل للناشزة نفقة؟ فقال: نعم، فقيل: كم؟ فقال: جِرابٌ من تُرابٍ، معناه لا نفقة لها، كذا في «المبسوط».

قوله: وَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً لا يَسْتَمْتِعُ بِهَا، أي: لا توطأ، وقد صرح في «الذخيرة» بأن المراد من الاستمتاع الوطء، وكذلك في الكتاب حتى فرق بين استمتاع الصغيرة، وبين استمتاع المريضة الكبيرة على ما يجيء.

وفي «الذخيرة»: وإن كانت المرأةُ صغيرةً فإن كانت مثلُها توطأ وتصلح للجماع فلها النفقةُ، وإن كانت مثلُها لا تُوطأ ولا تصلح للجماع فلا نفقة لها عندنا، حتى تصير إلى الحالة التي تُطيق الجماع، سواءٌ كانت في بيت الزوج أو في بيت الأب.

فرقٌ بين نفقة الزوج وبين نفقة المملوك، فإن نفقة المملوكة تجب على المالك، وإن كانت صغيرةً لا تصلح للجماع؛ والفرقُ هو أن نفقة النكاح إنما تجب بسبب الاحتباس المستحِقّ بعقد النكاح، فإنما تجب إذا حصل للزوج منفعةٌ من منافع النكاح على سبيل

بِخِلَافِ المَرِيضَةِ عَلَى مَا نُبَيِّنُ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَهَا النَّفَقَةُ لِأَنَّهَا عِوَضٌ مِنَ المِلْكِ عِنْدَهُ كَمَا فِي المَمْلُوكَةِ بِمِلْكِ اليَمِينِ، وَلَنَا أَنَّ المَهْرَ عِوَضٌ عَنِ المِلْكِ وَلَا يَجْتَمِعُ العِوَضَانِ عَنْ مُعَوَّضٍ وَاحِدٍ فَلَهَا المَهْرُ دُونَ النَّفَقَةِ (وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ صَغِيرًا لَا يَقْدِرُ عَلَى الوَطْءِ وَهِيَ كَبِيرَةٌ فَلَهَا النَّفَقَةُ مِنْ مَالِهِ) لِأَنَّ التَّسْلِيمَ قَدْ تَحَقَّقَ مِنْهَا، وَإِنَّمَا العَجْزُ مِنْ قِبَلِهِ فَصَارَ كَالمَجْبُوبِ وَالعِنِّينِ.

الخصوص، ومنافع النكاح على الخصوص هي الجماع، والدواعي إلى الجماع، والصغيرة التي لا تُصلح للجماع لا تصلح لدواعي الجماع أيضاً، فكان فوتُ منفعة الاحتباس لمعنى جاء من قبلها، وأمَّا نفقة المملوك تجب لأجل الملك فقط، وذلك لا يختلف بالصغر والكبر.

فإن قلتَ: يُشكل على تعليل الصغيرة مسألةُ الرتقاء والقَرْناء والمرأة التي أصابها بلاءٌ يمنعه من الجماع، أو المرأة كبيرة على وجهٍ لا يمكن وطؤها، فإن لهنَّ النفقة مع أن امتناع الوطء جاء من قبلهن.

قلتُ: إن المعتبر في إيجاب النفقة احتباس ينتفع الزوج انتفاعًا مقصودًا بالنكاح، وهو الجماع أو الدواعي إلى الجماع، والانتفاعُ من حيث الدواعي في هذه المسائل حاصلٌ بأن يجامعهن فيما دون الفرج، وأمَّا الصغيرة التي لا تجامع، لا يجامع فيما دون الفرج أيضاً؛ لأنَّها لا تكون مشتهاةً.

وعلَّل في الأقضية في الرتقاء، فقال: لأن الرتقاء قد يقدر على جماعها فيما دون الفرج، وكذلك المريضة، فكان الاحتباس لمنفعة مطلوبة من النكاح فتجب النفقة، قالوا فعلى قَوْد هذا التعليل إذا كانت الصغيرة مشتهاةً ويُمكن جماعها فيما دون الفرج تجب النفقة، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ صَغِيرًا ... وَهِيَ كَبِيرَةٌ فَلَهَا النَّفَقَةُ، فذكر حكم العجز عن الطرفين منفردًا، ولم يذكر حكم العجز عن الطرفين مجتمعاً، بأن كانا صغيرين لا يطيقان الجماع، فلو اعتبر جانب الصغير تجب كما تجب في الكبيرة، ولو اعتبر جانب الصغيرة

(وَإِذَا حُبِسَتْ الْمَرْأَةُ فِي دَيْنٍ فَلَا نَفَقَةَ لَهَا) لِأَنَّ فَوْتَ الِاحْتِبَاسِ مِنْهَا بِالْمُمَاطَلَةِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْهَا بِأَنْ كَانَتْ عَاجِزَةً فَلَيْسَ مِنْهُ، وَكَذَا إذَا غَصَبَهَا رَجُلٌ كُرْهًا فَذَهَبَ بِهَا، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ لَهَا النَّفَقَةَ، وَالْفَتْوَى عَلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّ فَوْتَ الِاحْتِبَاسِ لَيْسَ مِنْهُ لِيُجْعَلَ بَاقِيًا تَقْدِيرًا، وَكَذَا إذَا حَجَّتْ مَعَ مَحْرَمٍ لِأَنَّ فَوْتَ الِاحْتِبَاسِ مِنْهَا، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ لَهَا النَّفَقَةَ لِأَنَّ إقَامَةَ الْفَرْضِ عُذْرٌ، وَلَكِنْ تَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَةُ الْحَضَرِ دُونَ السَّفَرِ لِأَنَّهَا هِيَ الْمُسْتَحِقَّةُ عَلَيْهِ، وَلَوْ سَافَرَ مَعَهَا الزَّوْجُ تَجِبُ النَّفَقَةُ بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّ الِاحْتِبَاسَ

لا تجب كما لو كانت صغيرة والزوج كبير، فقال في «الذخيرة»:

ولو كانا صغيرين لا يطيقان الجماع لا نفقة لها؛ لأن المنع جاء لمعنًى من جهتها، فأكثر ما في الباب أن يجعل المنع من قبله كالمعدوم، فالمنع من قبلها قائم، ومع قيام المنع من قبلها لا تستحق النفقة، وعن هذا قلنا: أن المجبوب إذا تزوَّج امرأة صغيرة لا تصلح للجماع لا تفرض لها النفقة.

قوله: وَالْفَتْوَى عَلَى الْأَوَّلِ، وهو أنه لا نفقة لها، والمعنى في ذلك أن النفقة إنما تجب عوضاً عن الاحتباس في بيت الزوج، فإذا كان الفوات لمعنى من جهة الزوج أمكن أن يُجعل ذلك الاحتباس باقياً تقديرًا، أمَّا إذا كان الفوات لا لمعنى من جهة الزوج لا يمكن أن يُجعل الاحتباس باقياً تقديرًا، وبدونه لا يمكن إيجاب النفقة.

وهو نظير ما قلنا في الغاصب: إذا غصب المستأجر من يد المستأجر لا يجب الأجر على المستأجر لهذا؛ لأنه فاتَ التمكن به من الانتفاع لا من جهة المستأجر، كذا هاهُنا، وإن حبس الزوج وهو يقدر على الأداء أو لا يقدر، أو حبس ظلمًا، أو هرب كانت لها النفقة.

قوله: وَكَذَا إذَا حَجَّتْ مَعَ مَحْرَمٍ، أي: لا نفقة لها.

وفي «الذخيرة»: ولو حجت المرأة حجة الإسلام، فإن كان قبل أن تسلم نفسها فلا نفقةَ لها، ولو كان الزوج بنى بها ثم حجت مع محرم فلها النفقة في قول أبي يوسف رحمه الله،

قَائِمٌ لِقِيَامِهِ عَلَيْهَا وَتَجِبُ نَفَقَةُ الحَضَرِ دُونَ السَّفَرِ، وَلا يَجِبُ الكِرَاءُ لِمَا قُلْنَا.

(فَإِنْ مَرِضَتْ فِي مَنْزِلِ الزَّوْجِ فَلَهَا النَّفَقَةُ) وَالقِيَاسُ أَنْ لا نَفَقَةَ لَهَا إِذَا كَانَ مَرَضًا يَمْنَعُ مِنَ الجِمَاعِ لِفَوْتِ الاِحْتِبَاسِ لِلاسْتِمْتَاعِ، وَجْهُ الاِسْتِحْسَانِ أَنَّ الاِحْتِبَاسَ قَائِمٌ فَإِنَّهُ يَسْتَأْنِسُ بِهَا وَيَمَسُّهَا وَتَحْفَظُ البَيْتَ، وَالمَانِعُ بِعَارِضٍ فَأَشْبَهَ الحَيْضَ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهَا إِذَا سَلَّمَتْ نَفْسَهَا ثُمَّ مَرِضَتْ تَجِبُ النَّفَقَةُ لِتَحَقُّقِ التَّسْلِيمِ، وَلَوْ مَرِضَتْ ثُمَّ سَلَّمَتْ لا تَجِبُ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ لَمْ يَصِحَّ قَالُوا هَذَا حَسَنٌ، وَفِي لَفْظِ الكِتَابِ مَا يُشِيرُ إِلَيْهِ.

قَالَ: (وَيُفْرَضُ عَلَى الزَّوْجِ النَّفَقَةُ إِذَا كَانَ مُوسِرًا وَنَفَقَةُ خَادِمِهَا) المُرَادُ بِهَذَا بَيَانُ نَفَقَةِ الخَادِمِ، وَلِهَذَا ذُكِرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ: وَتُفْرَضُ عَلَى الزَّوْجِ إِذَا كَانَ مُوسِرًا

وقال محمد رحمه الله: لا نفقة لها.

ثم على قول أبي يوسف رحمه الله عند فرض النفقة يفرض لها نفقة الإقامة دون السفر، يعني يعتبر ما كانت قيمة للطعام في الحضر، لا ما كانت قيمة له في السفر؛ لأن هذه الزيادة لحقتها بإزاء منفعة تحصل لها، فلا يكون ذلك على الزوج، كالمريضة لا تستحق المداواة على الزوج.

قوله: فَإِنْ مَرِضَتْ فِي مَنْزِلِ الزَّوْجِ فَلَهَا النَّفَقَةُ، وكذلك لو مرضت في منزلها، إلا أنَّها غير مانعة نفسها من الزوج بغير حق تستحق النفقة، وكذلك الرتقاء والقرناء على ما ذكرنا، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَفِي لَفْظِ الكِتَابِ مَا يُشِيرُ إِلَيْهِ، وهو **قوله:** فَإِنْ مَرِضَتْ فِي مَنْزِلِ الزَّوْجِ، وهو عبارة عن تسليم نفسها صحيحة ثم مرضت في منزله.

قوله: وَالمُرَادُ بِهَذَا بَيَانُ نَفَقَةِ الخَادِمِ، هذا عِذرَة دفع التكرار، يعني لمَّا ذكر وجوب نفقة المرأة على الزوج لماذا أعاد هاهُنا ثانياً **بقوله:** وَيُفْرَضُ عَلَى الزَّوْجِ النَّفَقَةُ، أي: نفقة

نَفَقَةُ خَادِمِهَا، وَوَجْهُهُ أَنَّ كِفَايَتَهَا وَاجِبَةٌ عَلَيْهِ، وَهَذَا مِنْ تَمَامِهَا إِذْ لَا بُدَّ لَهَا مِنْهُ (وَلَا يُفْرَضُ لِأَكْثَرَ مِنْ نَفَقَةِ خَادِمٍ وَاحِدٍ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: تُفْرَضُ لِخَادِمَيْنِ لِأَنَّهَا تَحْتَاجُ إِلَى أَحَدِهِمَا لِمَصَالِحِ الدَّاخِلِ وَإِلَى الْآخَرِ لِمَصَالِحِ الْخَارِجِ، وَلَهُمَا أَنَّ الْوَاحِدَ يَقُومُ بِالْأَمْرَيْنِ فَلَا ضَرُورَةَ إِلَى اثْنَيْنِ، وَلِأَنَّهُ لَوْ تَوَلَّى كِفَايَتَهَا بِنَفْسِهِ كَانَ كَافِيًا، فَكَذَا إِذَا أَقَامَ الْوَاحِدُ مَقَامَ نَفْسِهِ، وَقَالُوا: إِنَّ الزَّوْجَ الْمُوسِرَ يَلْزَمُهُ مِنْ نَفَقَةِ الْخَادِمِ مَا يَلْزَمُ الْمُعْسِرُ مِنْ نَفَقَةِ امْرَأَتِهِ وَهُوَ أَدْنَى الْكِفَايَةِ،

المرأة؟ فأجابَ عنه بهذا.

قوله: نَفَقَةُ خَادِمِهَا، ذكر في «الذخيرة»: هذا إذا كان للمرأة خادم، أمَّا إذا لم يكن للمرأة خادمًا لا تفرض نفقة الخادم على الزوج في ظاهر الرواية عن أصحابنا الثلاثة؛ لأن استحقاقها نفقة الخادم باعتبار ملك الخادم؛ فإذا لم يكن لها خادم كيف تستوجب نفقة الخادم؟ وهو نظير القاضي إذا لم يكن له خادم لا يستحق كفاية الخادم في بيت المال، كذا هذا.

وفي «المبسوط»: وعن زفر رحمه الله: أنه يفرض لخادم واحدٍ؛ لأن على الزوج أن يقوم بمصالح طعامها وحوائجها، فإذا لم يفعل ذلك أعطاها نفقة خادم، ثم هي تقوم بذلك بنفسها أو تتخذ خادمـًا، فأمَّا في ظاهر الرواية فاستحقاقها نفقة الخادم باعتبار ملك الخادم، وإذا لم يكن لها خادم لا تستوجب نفقة الخادم، كالغازي إذا كان راجلًا لا يستحق سهم الفرس، وإن أظهر غناء الفارس في القتال.

وذكر في «الذخيرة»: ثم اختلف مشايخنا في الخادم، أن أي خادم المرأة يستحق النفقة على الزوج؟ منهم من قال: المملوك لها حتى لو كانت حرَّة أو لم يكن مملوكًا لها لا يستحق، ومنهم من قال: كل من يخدمها حرَّة كانت أو مملوكة لها أو لغيرها يستحق.

ثم يفرض لها ما يكفيها بالمعروف، ولكن لا تبلغ نفقة خادمها نفقتها؛ لأن الخادم تبع للمرأة فينقص نفقة الخادم عن نفقتها، أي: في حق الإدام لا في حق الخبز.

وَقَوْلُهُ فِي الكِتَابِ إِذَا كَانَ مُوسِرًا إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ لا تَجِبُ نَفَقَةُ الخَادِمِ عِنْدَ إِعْسَارِهِ وَهُوَ رِوَايَةُ الحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، وَهُوَ الأَصَحُّ خِلَافًا لِمَا قَالَهُ مُحَمَّدٌ لِأَنَّ الوَاجِبَ عَلَى المُعْسِرِ أَدْنَى الكِفَايَةِ وَهِيَ قَدْ تَكْتَفِي بِخِدْمَةِ نَفْسِهَا.

(وَمَنْ أَعْسَرَ بِنَفَقَةِ امْرَأَتِهِ لَمْ يُفَرَّقْ بَيْنَهُمَا وَيُقَالُ لَهَا اسْتَدِينِي عَلَيْهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُفَرَّقُ، لِأَنَّهُ عَجَزَ عَنِ الإِمْسَاكِ بِالمَعْرُوفِ فَيَنُوبُ القَاضِي مَنَابَهُ فِي التَّفْرِيقِ كَمَا

قوله: وَيُقَالُ لَهَا اسْتَدِينِي عَلَيْهِ، أي: اشترى الطعام على أن يؤديَ الزوج ثمنه.

وفي «الذخيرة»: وذكر الخصاف رحمه الله: أن تفسير الاستدانة على الزوج هو الشراء بالنسيئة، لتقضي الثمن من مال الزوج، وقال الشافعي رحمه الله: يفرق بينه وبينها إذا طلبت المرأة ذلك، كذا في «المبسوط».

ثم التفريق بعجز النفقة عند الشافعي رحمه الله إنما هو فسخ لا طلاق، وبه صرح في «المبسوط» و«الهادي».

ثم اعلم أن ظهور العجز عن النفقة إنما يكون إذا كان الزوج حاضرًا، وأمَّا إذا غاب الرجل عن امرأته غيبةً منقطعةً، ولم يخلف نفقة لهذه المرأة فرفعت المرأة الأمر إلى القاضي، فكتبَ القاضي إلى عالم يرى التفريق بالعجز عن النفقة، ففرق بينهما هل تقع الفرقة؟

قال شيخ الإسلام أبو الحسن السُّغدي رحمه الله: نعم إذا تحقق العجز عن النفقة.

قال صاحب «الذخيرة»: ففي هذا الجواب نظر، والصحيح أنه لا يصح قضاؤه؛ لأن العجز عن الإنفاق لا يعرف حالة الغيبة، لجواز أن يكون قادرًا، فيكون هذا ترك الإنفاق لا العجز عن الإنفاق، فإن رُفع هذا القضاء إلى قاضٍ آخر، فأجاز قضاءه فالصحيح أنه لا ينفذ؛ لأن هذا القضاء ليس في مجتهد فيه؛ لما ذكرنا أن العجز لم يثبت، ذكره في الفصل الثاني من «فصول الإمام الاستروشني» رحمه الله، وقاس هو بنفقة العبد والأمة، فإنَّها مستحقة عليه بسبب الملك، فإذا تعذرت عليه أجبره القاضي على إزالة الملك بالبيع، فهاهُنا كذلك.

فِي الجَبِّ وَالعُنَّةِ، بَلْ أَوْلَى لِأَنَّ الحَاجَةَ إِلَى النَّفَقَةِ أَقْوَى، وَلَنَا أَنَّ حَقَّهُ يَبْطُلُ وَحَقَّهَا يَتَأَخَّرُ، وَالأَوَّلُ أَقْوَى فِي الضَّرَرِ، وَهَذَا لِأَنَّ النَّفَقَةَ تَصِيرُ دَيْنًا بِفَرْضِ القَاضِي فَتَسْتَوْفِي الزَّمَانَ الثَّانِي، وَفَوْتُ المَالِ وَهُوَ تَابِعٌ فِي النِّكَاحِ لا يَلْحَقُ بِمَا هُوَ المَقْصُودُ وَهُوَ التَّنَاسُلُ، وَفَائِدَةُ الأَمْرِ بِالِاسْتِدَانَةِ مَعَ الفَرْضِ أَنْ يُمَكِّنَهَا إِحَالَةَ الغَرِيمِ عَلَى الزَّوْجِ، فَأَمَّا إِذَا كَانَتِ الِاسْتِدَانَةُ بِغَيْرِ أَمْرِ القَاضِي كَانَتِ المُطَالَبَةُ عَلَيْهَا

وحجتنا في ذلك قول الله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠]، فهذا تنصيصٌ على أن المُعسِر مُنظَر، ولو أجّلته في ذلك لم يكن لها أن تُطالب بالفرقة، فكذلك إذا استحق النظرة شرعًا، إلا أن المستحق بالنص التأخيرُ، فلا يلحق به ما يكون إبطالاً؛ لأن ذلك فوق المنصوص.

وفي حق المملوك يكون إبطالاً؛ لأنه لا يثبت للمملوك على مولاه دينٌ، فأمّا في حق الزوجة فيكون تأخيرًا، وهذا يتبيَّن أنه غير عاجزٍ عن معروف يليق بحاله، وهو الالتزام في الذمة مع أن التسريح طلاق، وعند الشافعي رحمه الله المستحق هاهُنا الفسخ بسبب العيب، حتى إذا فُرّق بينهما لم يكن طلاقـًا، كذا في «المبسوط».

وقوله: وَفَوْتُ المَالِ وَهُوَ تَابِعٌ فِي النِّكَاحِ لا يَلْحَقُ بِمَا هُوَ المَقْصُودُ، للفرق بين هذا وبين ما ذكره من الجب والعنة، أي: العجز عن النفقة إنما يكون فيما هو تابع وهو المال، والعجز عن الوصول إلى المرأة بسبب الجب والعنة إنَّما يكون فيما هو المقصود وهو التوالد والتناسل؛ لما أنَّ بناء النكاح لأجل هذا المقصود، فلم يلزم من استحقاق الفرقة بالعجز عن إيصال سبب المقصود لزوم استحقاق الفرقة بالعجز عن إيصال التابع في باب النكاح، بل يثبت لفوت المقصود ولا يثبت لفوت التابع؛ لظهور الفرق بينهما.

قوله: أَنْ يُمَكِّنَهَا إِحَالَةَ الغَرِيمِ عَلَى الزَّوْجِ، أي: وإن لم يرض الزوج.

وفي «التحفة»: وفائدة الأمر بالاستدانة أن لصاحب الدين أن يأخذ دينه من الزوج، كما له أن يأخذ من المستدينة.

دُونَ الزَّوْجِ. (وَإِذَا قَضَى القَاضِي لَهَا بِنَفَقَةِ الإِعْسَارِ ثُمَّ أَيْسَرَ فَخَاصَمَتْهُ تَمَّمَ لَهَا نَفَقَةَ المُوسِرِ) لِأَنَّ النَّفَقَةَ تَخْتَلِفُ بِحَسَبِ اليَسَارِ وَالإِعْسَارِ، وَمَا قَضَى بِهِ تَقْدِيرٌ لِنَفَقَةٍ لَمْ تَجِبْ، فَإِذَا تَبَدَّلَ حَالُهُ فَلَهَا المُطَالَبَةُ بِتَمَامِ حَقِّهَا.

(وَإِذَا مَضَتْ مُدَّةٌ لَمْ يُنْفِقِ الزَّوْجُ عَلَيْهَا وَطَالَبَتْهُ بِذَلِكَ فَلَا شَيْءَ لَهَا إِلَّا أَنْ يَكُونَ القَاضِي فَرَضَ لَهَا النَّفَقَةَ لَوْ صَالَحَتِ الزَّوْجَ عَلَى مِقْدَارٍ فِيهَا فَيَقْضِي لَهَا بِنَفَقَةِ مَا مَضَى) لِأَنَّ النَّفَقَةَ صِلَةٌ وَلَيْسَتْ بِعِوَضٍ عِنْدَنَا عَلَى مَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ فَلَا يُسْتَحْكَمُ

قوله: وَمَا قَضَى بِهِ تَقْدِيرٌ لِنَفَقَةٍ لَمْ تَجِبْ؛ لما أن النفقة تجب شيئاً فشيئاً، فيعتبر حاله في كل وقتٍ، وكما لا يستأنف القضاء بنفقة المعسر بعد اليسار، فكذلك لا يستديم ذلك القضاء، وقد كان القضاء عليه بنفقة المعسر بعذر العسرة، فإذا زال العسر بطل ذلك، كمن شرع في صوم الكفارة للعسرة ثم أيسر كان عليه التكفير بالمال، كذا في «المبسوط».

قوله: وَطَالَبَتْهُ بِذَلِكَ فَلَا شَيْءَ لَهَا، وعلى قول الشافعي رحمه الله يقضي لها بما لم تستوف من النفقات الماضية.

وأصل المسألة أن النفقة لا تصير دينًا إلا بقضاء القاضي أو التراض عندنا، وعند الشافعي رحمه الله تصير دينًا؛ لأن وجوبها بالعقد فلا يحتاج إلى القضاء، أو الرضاء في صيرورتها دينًا بعد العقد كالمهر.

قوله: لِأَنَّ النَّفَقَةَ صِلَةٌ، ولا يقال: لو كانت النفقة صلةً لما وجبت على المكاتب؛ لأنا نقول: صلة من وجهٍ، وما هذا شأنه يجب على المكاتب كالخراج، كذا في «مبسوط شيخ الإسلام» رحمه الله.

ثم إنّما قلنا: أنه صلة؛ لأنه لو كان عوضاً لا يخلو إما أن كان عوضاً عن البضع أو عن الاستمتاع والقيام عليها، لا جائز أن يكون عوضاً عن البضع؛ لأن المهر عوضه بالاتفاق، فلو قلنا بأن النفقة عوض عنه أيضاً يلزم العوضان بمقابلة معوضٍ واحدٍ، ولا نظير له في الشرع،

الوُجُوبُ فِيهَا إِلَّا بِالقَضَاءِ كَالهِبَةِ لا تُوجِبُ المِلْكَ إِلَّا بِمُؤَكِّدٍ وَهُوَ القَبْضُ وَالصُّلْحُ بِمَنْزِلَةِ القَضَاءِ لِأَنَّ وِلَايَتَهُ عَلَى نَفْسِهِ أَقْوَى مِنْ وِلَايَةِ القَاضِي، بِخِلَافِ المَهْرِ لِأَنَّهُ عِوَضٌ.

(وَإِنْ مَاتَ الزَّوْجُ بَعْدَمَا قَضَى عَلَيْهِ بِالنَّفَقَةِ وَمَضَى شُهُورٌ سَقَطَتِ النَّفَقَةُ) وَكَذَا إِذَا

ولا جائز أن يكون عن الاستمتاع والقيام عليها؛ لأن ذلك تصرف منه في ملكه، فلا يوجب عليه عوضـًا، فلمَّا انتفى كونه عوضـًا ثبت أنه صلة، إلى هذا أشار في «المبسوط».

وذكر في «الذخيرة»: إن النفقة عوض من وجه، صلة من وجه؛ لأن النفقة بإزاء الاحتباس، وفي الاحتباس إن كان حق الزوج من حيث الاستمتاع وقضاء الشهوة منها، وإصلاح أمر المعيشة، ففيه حق الشرع من حيث تحصيل الولد، وصيانة كل واحدٍ منهما عن الزنا، فمن حيث أن الاحتباس حق الزوج إن أمكن جعل النفقة عوضـًا عنه فمن حيث أنه حق الشرع، وإقامة حق الشرع يستحق على كل إنسان لا يصلح أن يكون عوضـًا عنه، فكانت عوضـًا من وجه صلة من وجه، فمن حيث أنَّها صلة لا تصير دينًا من غير قضاء ولا رضاء كنفقة الأقارب، ومن حيث أنَّها عوض تصير دينًا إذا وجد القضاء أو التراضي، عملًا بالدليلين بقدر الإمكان.

قوله: وَإِنْ مَاتَ الزَّوْجُ بَعْدَمَا قَضَى عَلَيْهِ بِالنَّفَقَةِ وَمَضَى شُهُورٌ سَقَطَتِ النَّفَقَةُ، هذا إذا فرض لها القاضي النفقة ولم يأمرها بالاستدانة، فأمَّا إذا أمرها بالاستدانة على الزوج فاستدانت ثم مات أحدهما لا يبطل ذلك، هكذا ذكر الحاكم الشهيد رحمه الله في «المختصر».

وذكر الخصاف رحمه الله أنه يبطل أيضـًا، والصحيح ما ذكر في «المختصر»؛ لأن استدانتها بأمر القاضي، وللقاضي ولاية عليهما بمنزلة استدانة الزوج بنفسه، ولو أن الزوج استدان بنفسه لا يسقط ذلك الدين بموت أحدهما، كذا هاهُنا.

وكذلك في الطلاق، يعني أن الديون المستدانة هل تسقط بالطلاق؟ فهو على الروايتين، في رواية لا تسقط وهو الصحيح، كذا في «الذخيرة».

مَاتَتِ الزَّوْجَةُ لِأَنَّ النَّفَقَةَ صِلَةٌ وَالصِّلاتُ تَسْقُطُ بِالمَوْتِ كَالهِبَةِ تَبْطُلُ بِالمَوْتِ قَبْلَ القَبْضِ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ - تَصِيرُ دَيْنًا قَبْلَ القَضَاءِ وَلا تَسْقُطُ بِالمَوْتِ لِأَنَّهُ عِوَضٌ عِنْدَهُ فَصَارَ كَسَائِرِ الدُّيُونِ، وَجَوَابُهُ قَدْ بَيَّنَّاهُ.

(وَإِنْ أَسْلَفَهَا نَفَقَةَ السَّنَةِ) أَيْ عَجَّلَهَا (ثُمَّ مَاتَ لَمْ يُسْتَرْجَعْ مِنْهَا شَيْءٌ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَى، وَقَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ - يُحْتَسَبُ

قوله: وَالصِّلاتُ تَسْقُطُ بِالمَوْتِ كَالهِبَةِ تَبْطُلُ بِالمَوْتِ قَبْلَ القَبْضِ، فإن قيل: الهبة قبل القبض غير متأكِّدة، والنفقة متأكِّدة بعد القضاء، فينبغي أن لا تسقط هنا وإن سقط هناك.

قلنا: ما يكون منافيـاً كان منافيـاً للمتأكد وغير المتأكد، كالمحرمية تنافي النكاح الصادرَ من الأب، والنكاح الصادر من غير الأب، مع أن النكاح الصادر من الأب أقوى.

أو نقول: فبَعْد القضاء معنى الصلة باقٍ فيها غير زائل؛ لأن المعنى من الصلة هو أن يجب المال على رجل بمقابلة ما ليس بمال، فقلنا بالسقوط لبقاء معنى الصلة.

والدليل على هذا ما ذكره في «الإيضاح» بقوله: لأنَّها وإن صارت دينًا عليه ولكن معنى الصلة لم تبطل عنه، والصِّلات تبطل بالموت قبل القبض.

قوله: لِأَنَّهُ عِوَضٌ عِنْدَهُ فَصَارَ كَسَائِرِ الدُّيُونِ، وَجَوَابُهُ قَدْ بَيَّنَّاهُ، وهو قوله: وَلَنَا أَنَّ المَهْرَ عِوَضٌ عَنِ المِلْكِ وَلا يَجْتَمِعُ العِوَضَانِ عَنْ مُعَوَّضٍ وَاحِدٍ، فلا تكون النفقة عوضـاً عن البضع.

قوله: وَإِنْ أَسْلَفَهَا - أي: عجل لها - نَفَقَةَ السَّنَةِ ... ثُمَّ مَاتَ، أو ماتت المرأة قبل مضي المدة لم يرجع عليها ولا في تركتها في قولهما.

وقال محمد رحمه الله: يرفع عنها بحصَّة ما مضى ويجب رد الباقي إن كان قائمًا، وقيمة الباقي إن كان مستهلكًا.

لَهَا نَفَقَةُ مَا مَضَى وَمَا بَقِيَ فَهُوَ لِلزَّوْجِ) وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى -، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ الكِسْوَةُ لِأَنَّهَا اسْتَعْجَلَتْ عِوَضًا عَمَّا تَسْتَحِقُّهُ عَلَيْهِ بِالِاحْتِبَاسِ، وَقَدْ بَطَلَ الِاسْتِحْقَاقُ بِالمَوْتِ فَيَبْطُلُ العِوَضُ بِقَدْرِهِ كَرِزْقِ القَاضِي وَعَطَاءِ المُقَاتِلَةِ، وَلَهُمَا أَنَّهُ صِلَةٌ وَقَدِ اتَّصَلَ بِهِ القَبْضُ وَلَا رُجُوعَ فِي الصِّلَاتِ بَعْدَ المَوْتِ لِانْتِهَاءِ حُكْمِهَا كَمَا فِي الهِبَةِ، وَلِهَذَا لَوْ هَلَكَتْ مِنْ غَيْرِ اسْتِهْلَاكٍ لَا يُسْتَرَدُّ شَيْءٌ مِنْهَا بِالإِجْمَاعِ، وَعَنْ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهَا إِذَا قَبَضَتْ نَفَقَةَ الشَّهْرِ أَوْ مَا دُونَهُ لَا يُسْتَرْجَعُ مِنْهَا شَيْءٌ لِأَنَّهُ يَسِيرٌ فَصَارَ فِي حُكْمِ الحَالِ. (وَإِذَا تَزَوَّجَ العَبْدُ حُرَّةً فَنَفَقَتُهَا دَيْنٌ عَلَيْهِ يُبَاعُ فِيهَا) وَمَعْنَاهُ إِذَا تَزَوَّجَ بِإِذْنِ المَوْلَى لِأَنَّهُ دَيْنٌ وَجَبَ فِي ذِمَّتِهِ لِوُجُودِ سَبَبِهِ وَقَدْ ظَهَرَ وُجُوبُهُ فِي حَقِّ المَوْلَى فَيَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ كَدَيْنِ التِّجَارَةِ فِي العَبْدِ التَّاجِرِ، وَلَهُ أَنْ يَفْدِيَ لِأَنَّ حَقَّهَا فِي النَّفَقَةِ لَا فِي عَيْنِ الرَّقَبَةِ، فَلَوْ مَاتَ العَبْدُ سَقَطَتْ، وَكَذَا

وجه قوله: أنَّها أخذت ذلك من مال الزوج لمقصودٍ، ولم يحصل ذلك المقصود له، فكان له أن يستردها منها، كما لو عجل لها نفقة ليتزوجها فماتت قبل أن يتزوجها، كذا في «الذخيرة».

قوله: فَصَارَ فِي حُكْمِ الحَالِ، يعني إذا أخذت النفقة الواجبة في الحال لا يسترد بالموت، فكذا لا يسترد ما إذا عجل لها نفقة الشهر.

قوله: دَيْنٌ عَلَيْهِ يُبَاعُ فِيهَا، إلا أن يفديه المولى، فلمَّا بيع ثم اجتمع عليه النفقة مرَّة أخرى يباع العبد ثانيًا.

قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: وليس في شيء من ديون العبد ما يباع فيه مرَّة بعد أخرى إلا النفقة؛ وهذا لأن النفقة يتجدد وجوبها بمُضيّ الزمان فذاك في حكم دينٍ حادث، ولا كذلك سائر الديون، كذا في «الذخيرة».

قوله: فَلَوْ مَاتَ العَبْدُ سَقَطَتْ، لا يُؤاخذ المولى بشيء؛ لأن محل الاستيفاء قد فات.

إِذَا قُتِلَ فِي الصَّحِيحِ لِأَنَّهُ صِلَةٌ.

(وَإِنْ تَزَوَّجَ الحُرُّ أَمَةً فَبَوَّأَهَا مَوْلَاهَا مَعَهُ مَنْزِلًا فَعَلَيْهِ النَّفَقَةُ) لِأَنَّهُ تَحَقَّقَ الِاحْتِبَاسُ (وَإِنْ لَمْ يُبَوِّئْهَا فَلَا نَفَقَةَ لَهَا) لِعَدَمِ الِاحْتِبَاسِ، وَالتَّبْوِئَةُ أَنْ يُخَلِّيَ بَيْنَهَا وَبَيْنَهُ فِي مَنْزِلِهِ وَلَا يَسْتَخْدِمَهَا، وَلَوِ اسْتَخْدَمَهَا بَعْدَ التَّبْوِئَةِ سَقَطَتِ النَّفَقَةُ لِأَنَّهُ فَاتَ الِاحْتِبَاسُ، وَالتَّبْوِئَةُ غَيْرُ لَازِمَةٍ عَلَى مَا مَرَّ فِي النِّكَاحِ، وَلَوْ خَدَمَتْهُ الجَارِيَةُ أَحْيَانًا مِنْ غَيْرِ أَنْ يَسْتَخْدِمَهَا لَا تَسْقُطُ النَّفَقَةُ لِأَنَّهُ لَمْ يَسْتَخْدِمْهَا لِيَكُونَ اسْتِرْدَادًا.

وإن قتل العبد كانت النفقة في قيمته، قال الشيخ أبو الحسن القدوري رحمه الله: هذا ليس بصحيح، وإنما الصحيح أن تسقط؛ لأن النفقة تسقط بالموت؛ لأنَّها في معنى الصلة، والصِّلات تبطل بالموت قبل القبض، والقيمة إنَّما تُقام مقام الرَّقبة في دين لم يسقط بالموت، لا في دين يسقط بالموت.

وأمَّا المدبَّر إذا تزوَّج بإذن المولى والنفقة تتعلق بكسبه، وكذا نفقة امرأة المكاتب، وهذا الذي ذكرنا إذا تزوَّج العبد أو المدبر أو المكاتب بإذن المولى، فأما إذا تزوَّجوا بغير إذن المولى فلا نفقة عليهم ولا مهر؛ لأن وجوب المهر والنفقة يعتمد صحة العقد، ونكاح هؤلاء بغير إذن المولى لا يصح، كذا في «الذخيرة».

قوله: فَلَا نَفَقَةَ لَهَا، لِعَدَمِ الِاحْتِبَاسِ، فإن قيل: المولى إنَّما أزال ذلك لحق له شرعًا، فلماذا لا يُجعل هذا كالحرة إذا حبست نفسها لصداقها؟

قلنا: إنَّ الحرة إذا حبست نفسها لصداقها فالتفويت إنما جاء من الزوج حين امتنع من إيفاء ما لزمه، فأمَّا هاهُنا فالتفويت ليس من قبل الزوج.

قوله: وَالتَّبْوِئَةُ غَيْرُ لَازِمَةٍ، جوابُ سؤال بأن يقال: لمَّا بوَّأها مرة يجب عليه أن يمضي على ذلك، وكان ينبغي أن لا يكون له نقضها بالاستخدام بعد ذلك، فأجاب عنه بهذا.

وَالمُدَبَّرَةُ وَأُمُّ الوَلَدِ فِي هَذَا كَالأَمَةِ، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قوله: وَالمُدَبَّرَةُ وَأُمُّ الوَلَدِ فِي هَذَا كَالأَمَةِ، ولم يذكر المكاتبة؛ لما أن المكاتبة إذا تزوجت بإذن المولى فهي كالحرة، فلا يحتاج إلى التبوئة لاستحقاق النفقة؛ لأن منافعها على حكم ملكها لصيرورتها أخصّ بنفسها ومنافعها بعقد الكتابة، ولهذا لم يبق للمولى ولاية الاستخدام فكانت كالحرة، كذا في «الذخيرة»، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(فَصْلٌ)

(وَعَلَى الزَّوْجِ أَنْ يُسْكِنَهَا فِي دَارٍ مُفْرَدَةٍ لَيْسَ فِيهَا أَحَدٌ مِنْ أَهْلِهِ إلَّا أَنْ تَخْتَارَ ذَلِكَ) لِأَنَّ السُّكْنَى مِنْ كِفَايَتِهَا فَتَجِبُ لَهَا كَالنَّفَقَةِ، وَقَدْ أَوْجَبَهُ اللهُ تَعَالَى مَقْرُونًا بِالنَّفَقَةِ، وَإِذَا وَجَبَ حَقًّا لَهَا لَيْسَ لَهُ أَنْ يُشْرِكَ غَيْرَهَا فِيهِ لِأَنَّهَا تَتَضَرَّرُ بِهِ، فَإِنَّهَا لا تَأْمَنُ عَلَى مَتَاعِهَا، وَيَمْنَعُهَا ذَلِكَ مِنَ الْمُعَاشَرَةِ مَعَ زَوْجِهَا وَمِنَ الِاسْتِمْتَاعِ، إلَّا أَنْ تَخْتَارَ لِأَنَّهَا رَضِيَتْ بِانْتِقَاصِ حَقِّهَا (وَإِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ مِنْ غَيْرِهَا فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُسْكِنَهُ مَعَهَا) لِمَا بَيَّنَّا وَلَوْ أَسْكَنَهَا فِي بَيْتٍ مِنَ الدَّارِ مُفْرَدٍ وَلَهُ غَلَقٌ كَفَاهَا لِأَنَّ الْمَقْصُودَ قَدْ حَصَلَ.

(وَلَهُ أَنْ يَمْنَعَ وَالِدَيْهَا وَوَلَدَهَا مِنْ غَيْرِهِ وَأَهْلَهَا مِنَ الدُّخُولِ عَلَيْهَا) لِأَنَّ الْمَنْزِلَ مِلْكُهُ

فصلٌ

قوله: وَقَدْ أَوْجَبَهُ اللهُ تَعَالَى مَقْرُونًا بِالنَّفَقَةِ، قال الله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: ٦]، وفي قراءة ابن مسعود رضي الله عنه: أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم؛ ولأنها محتاجة إلى السكنى كحاجتها إلى النفقة، فإن أسكنها في منزل ليس معها أحد، فشكت إلى القاضي أن الزوج يضربها ويؤذيها، وسألت من القاضي أن يأمره بأن يسكنها بين قوم صالحين، فإن علم القاضي أن الأمر كما قالت المرأة زجره عن ذلك، ومنعه من التعدي عليها، وإن ذكروا أنه لا يؤذيها تركها، وإن لم يكن في جواره من يوثق به، أو كانوا يميلون إليه، أمره أن يسكنها بين قوم صالحين، ويسأل عنهم وبنى الأمر على خبرهم، كذا في نكاح «الذخيرة».

فَلَهُ حَقُّ المَنْعِ مِنْ دُخُولِ مِلْكِهِ (وَلا يَمْنَعُهُمْ مِنَ النَّظَرِ إِلَيْهَا وَكَلامِهَا فِي أَيِّ وَقْتٍ اخْتَارُوا) لِمَا فِيهِ مِنْ قَطِيعَةِ الرَّحِمِ، وَلَيْسَ لَهُ فِي ذَلِكَ ضَرَرٌ، وَقِيلَ: لا يَمْنَعُهَا مِنَ الدُّخُولِ وَالكَلامِ وَإِنَّمَا يَمْنَعُهُمْ مِنَ القَرَارِ وَالدَّوَامِ لِأَنَّ الفِتْنَةَ فِي اللَّبَاثِ وَتَطْوِيلِ الكَلَامِ، وَقِيلَ: لا يَمْنَعُهَا مِنَ الخُرُوجِ إِلَى الوَالِدَيْنِ وَلا يَمْنَعُهُمَا مِنَ الدُّخُولِ عَلَيْهَا فِي كُلِّ جُمُعَةٍ، وَفِي غَيْرِهِمَا مِنَ المَحَارِمِ التَّقْدِيرُ بِسَنَةٍ وَهُوَ الصَّحِيحُ.

(وَإِذَا غَابَ الرَّجُلُ وَلَهُ مَالٌ فِي يَدِ رَجُلٍ يَعْتَرِفُ بِهِ وَبِالزَّوْجِيَّةِ فَرَضَ القَاضِي فِي ذَلِكَ وَلَمْ يَعْتَرِفْ بِهِ) لِأَنَّهُ لَمَّا أَقَرَّ بِالزَّوْجِيَّةِ الوَدِيعَةِ فَقَدْ أَقَرَّ أَنَّ حَقَّ الأَخْذِ لَهَا؛ لِأَنَّ لَهَا أَنْ تَأْخُذَ مِنْ مَالِ الزَّوْجِ حَقَّهَا مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ، وَإِقْرَارُ صَاحِبِ اليَدِ مَقْبُولٌ فِي حَقِّ نَفْسِهِ لا سِيَّمَا هَاهُنَا،

قوله: وَهُوَ الصَّحِيحُ، احتراز عن قول محمد بن مقاتل الرازي فإنه يقول: لا يمنع المحرم من الزيارة في كل شهر، كذا في «النفقات البرهانية».

قوله: لِأَنَّ لَهَا أَنْ تَأْخُذَ مِنْ مَالِ الزَّوْجِ حَقَّهَا مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ، فإن قيل: يشكل على هذا ما لو أحضر صاحب الدين غريمًا أو مودعًا للغائب، وهما يعترفان بأن هذا المدعى له دين على الغائب، لا يأمر القاضي بقضاء دينه من الوديعة من الدين، وإن كانا معترفين بالدين وبمال الغائب.

قلنا: لأن القاضي إنَّما يأمر في حق الغائب بما هو نظر له، وفي الأمر باتفاق المرأة نظر له بإبقاء ملكه، وليس في قضاء الدين إبقاء ملكه، بل فيه قضاء عليه بقول الغير، إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: لا سِيَّمَا، وهو مركب من «لا» و«سي»، والسيّ المثل، أصله سِوْيٌ قلبت واوه ياء وأدغمت، و«ما» يحتمل أن تكون زائدة كقوله تعالى: ﴿فَبِمَا رَحْمَةٍ مِّنَ ٱللَّهِ﴾ [آل عمران: ١٥٩]،

فَإِنَّهُ لَوْ أَنْكَرَ أَحَدَ الأَمْرَيْنِ لا تُقْبَلُ بَيِّنَةُ المَرْأَةِ فِيهِ لِأَنَّ المُودَعَ لَيْسَ بِخَصْمٍ فِي إِثْبَاتِ الزَّوْجِيَّةِ عَلَيْهِ وَلا المَرْأَةُ خَصْمٌ فِي إِثْبَاتِ حُقُوقِ الغَائِبِ، وَإِذَا ثَبَتَ فِي حَقِّهِ تَعَدَّى إِلَى الغَائِبِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ المَالُ فِي يَدِهِ مُضَارَبَةً، وَكَذَا الجَوَابُ فِي الدَّيْنِ،

فعلى هذا يكون الاسم الذي يجيء بعده مجرورًا، ويجوز أن تكون موصولة فكان ما بعده مرفوعًا، على أن المرفوع خبر مبتدأ محذوف، وهُو هُو، فعلى هذا رُوي قول امرئ القيس:

وَلاَ سِيَّمَا يَوْمٍ بِدَارَةِ جُلْجُلِ

بالجر والرفع، ويُروى بالنصب على وجه الاستثناء، وهو حرف استثناء بمعنى إلَّا مع زيادة معنى، فإن إلَّا لإخراج المستثنى عن حكم المستثنى منه ثبت لغيره، كالمجيء الثابت لغير زيد في جاءنِي القومُ إلا زيدًا، ولا سيّما لإخراج المستثنى عن حكم ثابت لغيره، ولكن بإثبات ما هو الأفضل له؛ تقول: أكرمني القوم لا سيّما زيدًا، والمعنى: أكرمني زيد كإكرامهم، بل إكرامه أبلغ من إكرامهم، كذا في «الإقليد»، وهاهُنا أيضـًا معناه على وجه الاستثناء، أي: إقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه، لا سيّما إقرار صاحب اليد هاهُنا، فإن قبول إقراره كقبول إقرار صاحب اليد في سائر المواضع، بل هاهُنا أبلغ؛ فإن الحق كما يثبت بالإقرار في سائر المواضع كذلك يثبت بالبينة أيضـًا، وهاهُنا لا يثبت بالبينة فأحرى أن يثبت هذا الحق بالإقرار، وإلا يلزم إهدار إثبات الحق أصلًا.

قوله: فَإِنَّهُ لَوْ أَنْكَرَ أَحَدَ الأَمْرَيْنِ - أي: الزوجية والوديعة - لا تُقْبَلُ بَيِّنَةُ المَرْأَةِ فِيهِ، فإنه ذكر في «المبسوط»: وإن أحضرت المرأة غريمًا للزوج أو مودعًا، وجحد المديون أو المودع الزوجية بينهما، أو المال في يده، لم يقبل القاضي بينتها على شيء من ذلك.

أمَّا على الدين والوديعة؛ فلأنَّها تثبت الملك للغائب، حتى إذا ثبت ملكه يترتب عليه حقها فيه، وهي ليست بخصمٍ في إثبات الملك للزوج في أمواله، وأمَّا إذا جحد الزوجية فقد كان أبو حنيفة رضي الله عنه يقول أوَّلًا: تُقبل بينتها على الزوجيَّة؛ لأنَّها تدعي حقها فيما في يده من المال بسبب، فكان خصمًا في إثبات ذلك السبب، كمن ادعى عينًا في يد إنسان أنه

وَهَذَا كُلُّهُ إِذَا كَانَ المَالُ مِنْ جِنْسِ حَقِّهَا دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ أَوْ طَعَامًا أَوْ كِسْوَةً مِنْ جِنْسِ حَقِّهَا، أَمَّا إِذَا كَانَ مِنْ خِلافِ جِنْسِهِ لا تُفْرَضُ النَّفَقَةُ فِيهِ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى البَيْعِ، وَلا يُبَاعُ مَالُ الغَائِبِ بِالِاتِّفَاقِ، أَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - فَلِأَنَّهُ لا يُبَاعُ عَلَى الحَاضِرِ وَكَذَا عَلَى الغَائِبِ، وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَلِأَنَّهُ إِنْ كَانَ يَقْضِي عَلَى الحَاضِرِ لِأَنَّهُ يَعْرِفُ امْتِنَاعَهُ لا يَقْضِي عَلَى الغَائِبِ لِأَنَّهُ لا يَعْرِفُ امْتِنَاعَهُ.

قَالَ: (وَيَأْخُذُ مِنْهَا كَفِيلًا بِهَا) نَظَرًا لِلْغَائِبِ لِأَنَّهَا رُبَّمَا اسْتَوْفَتِ النَّفَقَةَ أَوْ طَلَّقَهَا

له اشتراه من فلان الغائب، ثم رجع فقال: لا يقبل بينتها على ذلك، وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله؛ لأنَّها تثبت النكاح على الغائب والمودع، أو المديون ليس بخصم عن الغائب في إثبات النكاح عليه بالبينة، والاشتغال من القاضي بالنظر يكون بعد العلم بالزوجية، فإذا لم يكن ذلك معلومًا له لا يشتغل بسماع البينة من غير خصمٍ.

قوله: وَهَذَا كُلُّهُ إِذَا كَانَ المَالُ مِنْ جِنْسِ حَقِّهَا دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ أَوْ طَعَامًا أَوْ كِسْوَةً مِنْ جِنْسِ حَقِّهَا، أي: أو كانت ثياباً من جنس كسوتها، ثم في كل موضع كان للقاضي أن يقضى لها بالنفقة في مال الزوج، فلها أن تأخذ من مال الزوج ما يكفيها بالمعروف بغير قضاء لحديث هندٍ امرأة أبي سفيان.

قوله: أَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ فَلِأَنَّهُ لا يُبَاعُ عَلَى الحَاضِرِ؛ لما أنَّ البيع عليه إنَّما يكون على طريق الحجر، والحجر عند أبي حنيفة رحمه الله على الحر العاقل البالغ لا يصح.

قوله: وَيَأْخُذُ مِنْهَا كَفِيلًا، فقال في «الذخيرة»: فإذا كان الزوج غائباً وله مال حاضر في بيته، فطلبت من القاضي أن يفرض لها النفقة، فإن كان القاضي يعلم بالنكاح بينهما يفرض لها النفقة في ذلك المال؛ لأن هذا إيفاءً لحق المرأة وليس بقضاء على الزوج بالنفقة؛ لأن النفقة واجبةٌ على الزوج بحكم الزوجية قبل قضاء القاضي، والقاضي عرف قيام الزوجية هاهُنا، إنما الحاجة إلى الإيفاء، والإيفاءُ لا يمتنع بسبب الغيبة، ألا ترى أنَّ من أقرَّ بدين ثم

الزَّوْجُ وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا فَرْقٌ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ المِيرَاثِ إِذَا قُسِّمَ بَيْنَ وَرَثَةٍ حُضُورٍ بِالبَيِّنَةِ وَلَمْ يَقُولُوا: لا نَعْلَمُ لَهُ وَارِثًا آخَرَ حَيْثُ لا يُؤْخَذُ مِنْهُمُ الكَفِيلُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لِأَنَّ هُنَاكَ المَكْفُولَ لَهُ مَجْهُولٌ وَهَاهُنَا مَعْلُومٌ وَهُوَ الزَّوْجُ وَيُحَلِّفُهَا بِاللهِ مَا أَعْطَاهَا النَّفَقَةَ نَظَرًا لِلْغَائِبِ.

قَالَ: (وَلا يَقْضِي بِنَفَقَةٍ فِي مَالِ غَائِبٍ إِلَّا لِهَؤُلاءِ) وَوَجْهُ الفَرْقِ هُوَ أَنَّ نَفَقَةَ هَؤُلاءِ وَاجِبَةٌ قَبْلَ قَضَاءِ القَاضِي وَلِهَذَا كَانَ لَهُمْ أَنْ يَأْخُذُوا قَبْلَ القَضَاءِ فَكَانَ قَضَاءُ القَاضِي إِعَانَةً لَهُمْ، أَمَّا غَيْرُهُمْ مِنَ المَحَارِمِ فَنَفَقَتُهُمْ إِنَّمَا تَجِبُ بِالقَضَاءِ لِأَنَّهُ مُجْتَهِدٌ فِيهِ، وَالقَضَاءُ عَلَى الغَائِبِ لا يَجُوزُ، وَلَوْ لَمْ يَعْلَمِ القَاضِي بِذَلِكَ وَلَمْ يَكُنْ مُقِرًّا بِهِ فَأَقَامَتِ البَيِّنَةَ عَلَى الزَّوْجِيَّةِ أَوْ لَمْ يُخَلِّفْ مَالًا فَأَقَامَتِ البَيِّنَةَ لِيَفْرِضَ القَاضِي نَفَقَتَهَا عَلَى الغَائِبِ وَيَأْمُرَهَا بِالِاسْتِدَانَةِ لا يَقْضِي القَاضِي بِذَلِكَ لِأَنَّ فِي ذَلِكَ قَضَاءً

غابَ وله مال حاضرٌ من جنس الدين فطلب صاحبُ الدين من القاضي الإيفاءَ أجابه القاضي إلى ذلك، فهاهُنا كذلك.

ولكن ينبغي للقاضي أن ينظر للغائب، وذلك في أن تُحلِّفها أنه لم يعطها النفقة، لجواز أن يكون أعطاها النفقة قبل أن تغيب، وهي تُلبِّس على القاضى لتأخذ ثانياً، فإذا حلفت أعطاها النفقة وأخذ منها كفيلًا، هكذا ذكره شمس الأئمة السرخسى رحمه الله في «شرحه»، وكذا في «أدب القاضي» للخصاف أن القاضي إذا استوثق منها بكفيل فحسن، وإن لم يأخذ كان جائزًا، قال الصدر الشهيد رحمه الله: والصحيح ما ذكره شمس الأئمة رحمه الله.

قوله: وَلا يَقْضِي بِنَفَقَةٍ فِي مَالِ غَائِبٍ إِلَّا لِهَؤُلاءِ، وهم زوجة الغائب، وولده الصغار، ووالده، أمَّا غيرهم من المحارم كالإخوة والأخوات والأعمام فنفقتهم إنَّما تجب بالقضاء؛ لأنه مجتهد فيه، فإن عند الشافعي رحمه الله لا تجب النفقة على غير الوالدين والمولودين،

عَلَى الغَائِبِ، وَقَالَ زُفَرُ: يَقْضِي فِيهِ لِأَنَّ فِيهِ نَظَرًا لَهَا وَلَا ضَرَرَ فِيهِ عَلَى الغَائِبِ، فَإِنَّهُ لَوْ حَضَرَ وَصَدَّقَهَا فَقَدْ أَخَذَتْ حَقَّهَا، وَإِنْ جَحَدَ يَحْلِفُ، فَإِنْ نَكَلَ فَقَدْ صَدَقَ، وَإِنْ أَقَامَتْ بَيِّنَةً فَقَدْ ثَبَتَ حَقُّهَا، وَإِنْ عَجَزَتْ يَضْمَنُ الكَفِيلُ أَوِ المَرْأَةُ، وَعَمَلُ القُضَاةِ اليَوْمَ عَلَى هَذَا أَنَّهُ يَقْضِي بِالنَّفَقَةِ عَلَى الغَائِبِ لِحَاجَةِ النَّاسِ وَهُوَ مُجْتَهَدٌ فِيهِ، وَفِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ أَقَاوِيلُ مَرْجُوعٌ عَنْهَا فَلَمْ نَذْكُرْهَا.

ذكره في «المبسوط».

قوله: وَفِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ أَقَاوِيلُ مَرْجُوعٌ عَنْهَا، ولم نذكرها، ومن تلك الأقاويل ما ذكرنا من قوله: إذا جحد المديونُ، أو المودع الزوجية بينهما، أو المالُ في يده، فقد كان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولًا: تقبل بينتها على الزوجية؛ ثم رجع فقال: لا يقبل بينتها.

ومنها: ما إذا لم يكن للزوج الغائب مال حاضر، فطلبت المرأة من القاضي أن يسمع بينتها على النكاح ليفرض النفقة على الغائب، ويأمرها بالاستدانة لم يجبها إلى شيء من ذلك؛ لأن هذا قضاء على الغائب، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله الآخر، وهو قولهما، وأمَّا قول أبي حنيفة رحمه الله الأول، وهو قول زفر رحمه الله يجيبها إلى ذلك.

وإن كان للغائب دين ووديعة، والمودع والمديون كل واحد منهما مقرّ بالوديعة والدين والنكاح، فللقاضي أن يأمر بالإنفاق أوّلًا من الوديعة؛ لأن القاضي نُصِب ناظرًا، ونظر الغائب في البداية من الوديعة؛ لأن الوديعة تحتملُ الهلاك بخلاف الدين، هذا كلُّه من «الذخيرة»، والله تعالى أعلم.

(فَصْلٌ)

(وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ فَلَهَا النَّفَقَةُ وَالسُّكْنَى فِي عِدَّتِهَا رَجْعِيًّا كَانَ أَوْ بَائِنًا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لا نَفَقَةَ لِلْمَبْتُوتَةِ إِلَّا إِذَا كَانَتْ حَامِلًا، أَمَّا الرَّجْعِيُّ فَلِأَنَّ النِّكَاحَ بَعْدَهُ قَائِمٌ لا سِيَّمَا عِنْدَنَا فَإِنَّهُ يَحِلُّ لَهُ الوَطْءُ، وَأَمَّا البَائِنُ فَوَجْهُ قَوْلِهِ مَا رُوِيَ «عَنْ فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ قَالَتْ: طَلَّقَنِي زَوْجِي ثَلاثًا فَلَمْ يَفْرِضْ لِي رَسُولُ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - سُكْنَى وَلا نَفَقَةً» وَلِأَنَّهُ لا مِلْكَ لَهُ وَهِيَ مُرَتَّبَةٌ عَلَى المِلْكِ وَلِهَذَا لا تَجِبُ لِلْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا لِانْعِدَامِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ حَامِلًا لِأَنَّا عَرَفْنَاهُ بِالنَّصِّ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق: ٦]

فصلٌ

قولـه: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: لا نَفَقَةَ لِلْمَبْتُوتَةِ، وهي التي طلقها الزوج ثلاثـًا، أو طلقها بعوض حتى وقع الطلاق بائنـًا عندهم.

قولـه: إِلَّا إِذَا كَانَتْ حَامِلًا، وعلى قول ابن أبي ليلى لا نفقة للمبتوتة في العدَّة، أي: على أيّ وصف كانت.

قولـه: فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ، فإن قيل: فمن أين يعلم أن هذه الآية في حق المطلقات؟

قلنا: علم ذلك بآخر الآية وهو قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّۚ﴾ [الطلاق: ٦]، والنفقة في غير المطلقات غير مغياةٍ بوضع الحمل.

الآيَةَ، وَلَنَا أَنَّ النَّفَقَةَ جَزَاءُ احْتِبَاسٍ عَلَى مَا ذَكَرْنَا، وَالِاحْتِبَاسُ قَائِمٌ فِي حَقِّ حُكْمٍ مَقْصُودٍ بِالنِّكَاحِ وَهُوَ الوَلَدُ إِذِ العِدَّةُ وَاجِبَةٌ لِصِيَانَةِ الوَلَدِ فَتَجِبُ النَّفَقَةُ وَلِهَذَا كَانَ لَهَا السُّكْنَى بِالإِجْمَاعِ وَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَتْ حَامِلًا، وَحَدِيثُ فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ رَدَّهُ عُمَرُ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - فَإِنَّهُ قَالَ: لا نَدَعُ كِتَابَ رَبِّنَا وَسُنَّةَ نَبِيِّنَا بِقَوْلِ امْرَأَةٍ لا نَدْرِي صَدَقَتْ أَمْ كَذَبَتْ حَفِظَتْ أَمْ نَسِيَتْ، سَمِعْتُ رَسُولَ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -

قوله: وَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَتْ حَامِلًا، فإن قيل: لو وجبت النفقة في الحامل لم يبق لتخصيص الحامل في النص فائدة، حيث قال: ﴿وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ﴾.

قلنا: لذكر الشرط والتخصيص فائدة سوى النفي، وهي أنه إنما خصَّ الحامل بالذكر؛ لأن الحامل إنما تستحق النفقة بقدر ثلاثة أقراء، فيقع الإشكال أن الحامل تستحق بذلك القدر أو الزيادة إلى تمام مدَّة الحمل وإن طالت، فأزال الإشكال وقال: لها النفقة في جميع مدة الحمل، حتَّى يضعن حملهن، كذا في «مبسوط شيخ الإسلام» رحمه الله.

قوله: فَإِنَّهُ قَالَ: لا نَدَعُ كِتَابَ رَبِّنَا وَسُنَّةَ نَبِيِّنَا بِقَوْلِ امْرَأَةٍ، وفي «التأويلات»: المراد بقوله: كتاب ربنا قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: ٦]، إلى قوله: ﴿فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، ولو لم يكن في التلاوة ذكر الإنفاق، لكنَّا نفهم أنه هكذا؛ لأنه ذكر من وجدكم، والوجد هو السعة والغنى، وذلك يرجع إلى ما يملك به، أمَّا الإسكان فإنه قد يملك إسكانها في غير ملكه حيث يسكن هو، ولا يملك الإنفاق عليها من غير ملك.

وهذا كما في قراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه في كفارة اليمين: ثلاثة أيام متتابعات، لو لم تكن التلاوة لفهم التتابع؛ لأن الصيام هنا بدل عن العتاق، وكل صوم هذا شأنه فهو متتابع كما في كفارة القتل والظهار.

وذكر في «الإيضاح»: قال عمر رضي الله عنه: لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة لا ندري

يَقُولُ: «لِلْمُطَلَّقَةِ الثَّلَاثِ النَّفَقَةُ وَالسُّكْنَى مَا دَامَتْ فِي العِدَّةِ» وَرَدَّهُ أَيْضًا زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ وَأُسَامَةُ بْنُ زَيْدٍ وَجَابِرٌ وَعَائِشَةُ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ -.

(وَلا نَفَقَةَ لِلْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا) لِأَنَّ احْتِبَاسَهَا لَيْسَ لِحَقِّ الزَّوْجِ بَلْ لِحَقِّ الشَّرْعِ فَإِنَّ التَّرَبُّصَ عِبَادَةٌ مِنْهَا، أَلا تَرَى أَنَّ مَعْنَى التَّعَرُّفِ عَنْ بَرَاءَةِ الرَّحِمِ لَيْسَ بِمُرَاعًى فِيهِ حَتَّى لا يُشْتَرَطَ فِيهَا الحَيْضُ فَلَا تَجِبُ نَفَقَتُهَا عَلَيْهِ، وَلِأَنَّ النَّفَقَةَ تَجِبُ شَيْئًا فَشَيْئًا وَلا مِلْكَ لَهُ بَعْدَ المَوْتِ فَلَا يُمْكِنُ إيجَابُهَا فِي مِلْكِ الوَرَثَةِ (وَكُلُّ فُرْقَةٍ جَاءَتْ مِنْ قِبَلِ المَرْأَةِ بِمَعْصِيَةٍ مِثْلَ الرِّدَّةِ وَتَقْبِيلِ ابْنِ الزَّوْجِ فَلَا نَفَقَةَ لَهَا) لِأَنَّهَا صَارَتْ حَابِسَةً

أصدقت أم كذبت، سمعتُ رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم يقول: «لها النفقة والسكنى».

وذكر فخر الإسلام رحمه الله في «أصول الفقه»: وقال عيسى بن أبان رحمه الله: أراد بالكتاب والسنة القياس.

قوله: وَرَدَّهَا أَيْضًا... أُسَامَةُ بْنُ زَيْدٍ، وهو زوج فاطمة التي روت بأنه لا نفقة ولا سكنى، فإن أسامة رضي الله عنه كان إذا سمع هذا الحديث رماها بكل شيء في يده، وعن عائشة رضي الله عنها قالت: «تلك امرأة فتنت العالم» أي: بروايتها هذا الحديث، ذكره في «المبسوط».

قوله: وَكُلُّ فُرْقَةٍ جَاءَتْ مِنْ قِبَلِ المَرْأَةِ بِمَعْصِيَةٍ مِثْلَ الرِّدَّةِ وَتَقْبِيلِ ابْنِ الزَّوْجِ فَلَا نَفَقَةَ لَهَا، قيَّد **بقوله:** مِنْ قِبَلِ المَرْأَةِ، احترازًا عن فرقة صادرة من قبل الرجل، فإن تلك الفرقة توجب النفقة إذا كانت بعد الدخول، سواء كانت بمباح كالطلاق، أو بمعصية كتقبيله ابنتها بشهوة، وقيَّد **بقوله:** بِمَعْصِيَةٍ، احترازًا عمَّا إذا صدرت من قبل المرأة وهي ليست بمعصية، نحو ما إذا اختارت نفسها بالعتاق أو بعدم الكفاءة، وهي مدخول بها فلها النفقة.

وقيَّد **بقوله:** فَلَا نَفَقَةَ لَهَا، من غير تعرض للسكنى، فإن السكنى واجبة لها بأيِّ فرقة كانت؛ لأن القرار في البيت مستحق عليها فلا يسقط ذلك بمعصيتها، فأمَّا النفقة فواجبة لها،

نَفْسَهَا بِغَيْرِ حَقٍّ فَصَارَتْ كَمَا إِذَا كَانَتْ نَاشِزَةً، بِخِلَافِ المَهْرِ بَعْدَ الدُّخُولِ لِأَنَّهُ وُجِدَ التَّسْلِيمُ فِي حَقِّ المَهْرِ بِالوَطْءِ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا جَاءَتِ الفُرْقَةُ مِنْ قِبَلِهَا بِغَيْرِ مَعْصِيَةٍ كَخِيَارِ العِتْقِ وَخِيَارِ البُلُوغِ وَالتَّفْرِيقِ لِعَدَمِ الكَفَاءَةِ لِأَنَّهَا حَبَسَتْ نَفْسَهَا بِحَقٍّ وَذَلِكَ لا يُسْقِطُ النَّفَقَةَ كَمَا إِذَا حَبَسَتْ نَفْسَهَا لِاسْتِيفَاءِ المَهْرِ.

(وَإِنْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا ثُمَّ ارْتَدَّتْ وَالعِيَاذُ بِاللهِ سَقَطَتْ نَفَقَتُهَا، وَإِنْ مَكَّنَتِ ابْنَ زَوْجِهَا)

فيسقط ذلك بمجيء الفرقة من قبلها بمعصية، إلى هذا أشار في «المبسوط».

وذكر في «النفقات البرهانية»: وإن جامعها ابن الزوج مكرهة تقع الفرقة ولا تسقط النفقة.

وذكر في «مبسوط شيخ الإسلام» رحمه الله: وإنَّما تسقط نفقة المرتدَّة إذا أخرجت للحبس من بيت العدة، وأمَّا إذا اعتدت ولم تخرج من بيت الزوج للحبس تجب النفقة، وكذا ذكر في «المبسوط» وقال: وأمَّا إذا ارتدت في العدة سقطت نفقتها لا لعين الردة، ولكن لأنَّها تحبس فلا يكون في بيت زوجها، والمحبوسة بحق عليها لا تستوجب النفقة في حال قيام النكاح، فكذلك لا تستوجب النفقة في العدة.

قوله: وَإِنْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا ثُمَّ ارْتَدَّتْ وَالعِيَاذُ بِاللهِ سَقَطَتْ نَفَقَتُهَا، وإذا تابت عن رِدَّتها وأسلمت تعود النفقة.

فإن قلتَ: يشكل على هذا مسألتان:

إحداهما: أن المنكوحة إذا ارتدت حتى وقعت الفرقة وسقطت النفقة، ثم أسلمت لا تعود النفقة.

والثانية: أن المعتدة إذا ارتدت ولَحِقت بدار الحرب، ثم رجعت وأسلمت بعد ذلك، أو سُبِيت فأعتُقت فلا نفقة لها.

قلتُ: أمَّا المنكوحة لمَّا ارتدت وقعت الفُرقة لمعنى مضاف إليها، وهو معصيةٌ فسقطت النفقة أصلًا؛ لما ذُكر في أصل المسألة فلا تعود بعد ذلك، وأمَّا المعتدة لما ارتدَّت

مِنْ نَفْسِهَا (فَلَهَا النَّفَقَةُ) مَعْنَاهُ: مَكَّنَتْ بَعْدَ الطَّلَاقِ، لِأَنَّ الفُرْقَةَ تَثْبُتُ بِالطَّلَقَاتِ الثَّلَاثِ وَلَا عَمَلَ فِيهَا لِلرِّدَّةِ وَالتَّمْكِينِ، إِلَّا أَنَّ المُرْتَدَّةَ تُحْبَسُ حَتَّى تَتُوبَ، وَلَا نَفَقَةَ

فلم تسقط النفقة بمجرَّد الارتداد على ما ذكرتُ من رواية «المبسوطين»: أنَّ نفقة المرتدة إنما تسقط للحبس لا لنفس الارتداد، وإذا طلقها وهي غير مرتدَّةٍ فسبب وجوب العدة قد تقرر، لكن امتنع الوجوبُ في بعض المدة بعارض أمرٍ، وقد زال ذلك فيزول المنع كما في النشوز.

وأمَّا التي ارتدت ولحقت بدار الحرب فإنَّما لا تعود النفقة؛ لأنها لمَّا لحقت بدار الحرب مرتدَّة فقد سقطت العدَّة حكماً؛ لانقطاع العصمة بتباين الدارين، فكان بمنزلة ما لو سقطت العِدَّة بمُضي العدة، فلا تعود بعد السقوط، وإن جاءت مسلمة لتأكّد السقوط، وهذا الذي ذكرنا كله في الطلاق البائن والطلقات الثلاث.

وأمَّا المعتدة بالطلاق الرجعي إذا وطئها ابنُ الزوج، أو قبَّلها بشهوة وهي مطاوعةٌ، أو ارتدَّت فحُبست أو لم تُحبس فلا نفقة لها؛ لأن في الطلاق الرجعيّ ما وقعت الفرقةُ بالطلاق، فكان وقوع الفرقة بسببٍ وُجد منها، وهو معصيةٌ فيوجب ذلك سقوط النفقة، بخلاف الطلاق البائن، والمعتدَّة إذا خرجت من بيت العدة تسقط نفقتها، وهذا عندنا ما دامت على النشوز، فإذا عادت إلى بَيْت الزوج كانت لها النفقة والسكنى، كما في حال قيام النكاح، كذا في «الذخيرة».

وذكر في «شرح الطحاوي»: ثم الأصلُ بعد هذا أن كل امرأة كانت لها النفقة يومَ طُلِّقت، ثم صارت إلى حالٍ لا نفقة لها، فلها أن تعودَ وتأخذَ النفقة، وكل امرأةٍ لا نفقة لها يوم طُلِّقت فليس لها نفقة أبدًا.

بيانُه: أن الرجل إذا طلَّق امرأته وهي أمة طلاق بائناً، وقد كان المولى بوَّأها بيتاً مع الزوج، ثم أخرجها المولى لخدمته سقطت النفقةُ، ولو أراد المولى أن يعيدها إلى الزوج ويأخذ منه النفقة كان له ذلك، ولو لم تكن في تبوئة الزوج يومَ طلق الزوج، فأراد المولى أن تُبوِّأها مع الزوج في العدة لتجب النفقةُ، فإن النفقة لا تجبُ.

وكذلك إذا ارتدَّت المرأةُ ووقعت الفرقة بالردة فلا نفقة لها، ثم إذا أسلمت فلا تعود

لِلْمَحْبُوسَةِ، وَالمُمَكِّنَةُ لا تُحْبَسُ فَلِهَذَا يَقَعُ الفَرْقُ.

النفقةُ، وبمثله لو طلَّقها وهي مسلمةٌ فارتدَّت في العدة ثم أسلمت، فإن النفقة تعودُ إلا إذا لحقت بدار الحرب على ما ذكرنا، ولو قبَّلت ابن زوجها في العدة فإن النفقة لا تسقط، وكذلك السُّكنى، بخلاف ما لو ارتدت في العدة.

ولو أنَّ المرأة إذا كانت ناشزةً وقت الطلاق فإن لها أن تعودَ إلى دار الزوج، وتأخذ النفقة، وهذا يُشكل على هذا الأصل الذي ذكرنا؛ لأن هذه المرأة لم تكن لها نفقةٌ يوم طلَّقت، ثم تعود النفقة، إلا أن العذر فيه أن يقال: إن النفقة كانت واجبةً لها، إلا أنَّها منعت نفسها عن حق واجب، فلها أن تعود وتأخذ النفقة، ولو أنَّ المرأة تطاولت بها العدة فلها النفقة والسكنى إلى أن تدخل حدَّ الإياس، والله تعالى أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

(فَصْلٌ)

(وَنَفَقَةُ الأَوْلادِ الصِّغَارِ عَلَى الأَبِ لا يُشَارِكُهُ فِيهَا أَحَدٌ كَمَا لا يُشَارِكُهُ فِي نَفَقَةِ الزَّوْجَةِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَعَلَى المَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وَالمَوْلُودُ

فصلٌ

قوله: وَنَفَقَةُ الأَوْلادِ الصِّغَارِ عَلَى الأَبِ لا يُشَارِكُهُ فِيهَا أَحَدٌ، أي: لا يشارك الأبَ أحدٌ في حق وجوب النفقة للأولاد الصغار، أي: لا تجب نفقة الأولاد الصغار على الأب وعلى آخر معه، بل على الأب خاصة، وهذا بخلاف نفقة سائر ذوي الأرحام، فإن نفقتهم على وُرَّاثهم مشتركين بحسب ميراثهم على ما يجيء.

وهذا الذي ذكره وهو عدم مشاركة أحد للأب في حق نفقة الأولاد الصغار جوابُ ظاهر الرواية، وقد رُوي عن أبي حنيفة رضي الله عنه أن النفقة على الأب والأم أثلاثاً بحسب ميراثهما من الولد، فأمَّا ظاهر الرواية فكما لا يُشارك الأبَ في مؤنة الرضاع أحدٌ فكذلك في النفقة، وأمَّا إذا ماتَ الأبُ وللولد الصغير أمٌّ وجدٌّ أبو الأب فنفقته عليهما، على قدر ميراثهما أثلاثاً، بخلاف الأب في ظاهر الرواية، كذا في «المبسوط».

ولأن اللام في قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٣] للاختصاص، فصار الولد كالعبد، ونفقة العبد تجب على المولى، لا يشاركه غير المولى فكذا هنا.

وذكر في «النفقات البرهانية»: إنما تستحق النفقة على الوالد لا غير لكون الولد منه، وغيره لا يشاركه في هذا المعنى، فلا يشاركه في النفقة عليه غيره.

قوله: ﴿وَعَلَى المَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ﴾، فوجه التمسك بهذه الآية في وجوب

لَهُ هُوَ الأَبُ (فَإِنْ كَانَ الصَّغِيرُ رَضِيعًا فَلَيْسَ عَلَى أُمِّهِ أَنْ تُرْضِعَهُ) لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ الكِفَايَةَ عَلَى الأَبِ وَأُجْرَةَ الرَّضَاعِ كَالنَّفَقَةِ وَلِأَنَّهَا عَسَاهَا لا تَقْدِرُ عَلَيْهِ لِعُذْرٍ بِهَا فَلَا مَعْنَى لِلْجَبْرِ عَلَيْهِ، وَقِيلَ فِي تَأْوِيلِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿لا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا﴾ [البقرة: ٢٣٣] بِإِلْزَامِهَا الإِرْضَاعَ مَعَ كَرَاهَتِهَا، وَهَذَا الَّذِي ذَكَرْنَا بَيَانُ الحُكْمِ، وَذَلِكَ إِذَا كَانَ يُوجَدُ مَنْ تُرْضِعُهُ، أَمَّا إِذَا كَانَ لا تُوجَدُ مَنْ تُرْضِعُهُ تُجْبَرُ الأُمُّ عَلَى الإِرْضَاعِ صِيَانَةً لِلصَّبِيِّ عَنِ الضَّيَاعِ.

قَالَ: (وَيَسْتَأْجِرُ الأَبُ مَنْ تُرْضِعُهُ عِنْدَهَا) أَمَّا اسْتِئْجَارُ الأَبِ فَلِأَنَّ الأَجْرَ عَلَيْهِ، وَقَوْلُهُ عِنْدَهَا مَعْنَاهُ إِذَا أَرَادَتْ ذَلِكَ لِأَنَّ الحَجْرَ لَهَا. (وَإِنِ اسْتَأْجَرَهَا وَهِيَ زَوْجَتُهُ أَوْ مُعْتَدَّتُهُ لِتُرْضِعَ وَلَدَهَا) لَمْ يَجُزْ لِأَنَّ الإِرْضَاعَ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهَا دِيَانَةً، قَالَ اللهُ تَعَالَى ﴿وَالوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٣] إِلَّا أَنَّهَا عُذِرَتْ لِاحْتِمَالِ عَجْزِهَا،

نفقة الأولاد على الأب هو أن الله تعالى أوجب نفقة المرضعات على المولود له، وهو الأب في هذه الآية، فوجوب نفقتهن عليه بسبب إرضاع الولد؛ لما أنَّ الحكم المرتب على اللفظ المشتق دليل على أن مأخذ الاشتقاق علة لذلك الحكم، كما في الزانِي والسارق، فلمَّا وجبت نفقتهن عليه بسبب إرضاع الولد، كان إيجاب نفقة الولد عليه أَوْلَى.

ولكن الوجه الأظهر في وجوب نفقة الولد على الوالد ما تمسَّك به في «المبسوط»، فقال: ويجبر الرجل على نفقة أولاده الصغار لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، والنفقة بعد الفِطام بمنزلة مؤنة الرضاع قبل ذلك؛ إذ هما لا يتفاوتان من حيث النفقة، فقد أوجب الله تعالى مؤنة الرضاع في هذه الآية على الأب، فمؤنة الرضاع قبل الفِطام مثل مؤنة النفقة بعد الفِطام؛ ولأن الولد جزء من الأب فتكون نفقته عليه كنفقته على نفسه.

فَإِذَا أَقْدَمَتْ عَلَيْهِ بِالأَجْرِ ظَهَرَتْ قُدْرَتُهَا فَكَانَ الفِعْلُ وَاجِبًا عَلَيْهَا فَلا يَجُوزُ أَخْذُ الأَجْرِ عَلَيْهِ، وَهَذَا فِي المُعْتَدَّةِ عَنْ طَلَاقٍ رَجْعِيٍّ رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ لِأَنَّ النِّكَاحَ قَائِمٌ، وَكَذَا فِي المَبْتُوتَةِ فِي رِوَايَةٍ، وَفِي رِوَايَةٍ أُخْرَى: جَازَ اسْتِئْجَارُهَا لِأَنَّ النِّكَاحَ قَدْ زَالَ، وَجْهُ الأُولَى أَنَّهُ بَاقٍ فِي حَقِّ بَعْضِ الأَحْكَامِ.

(وَلَوِ اسْتَأْجَرَهَا وَهِيَ مَنْكُوحَتُهُ أَوْ مُعْتَدَّتُهُ لِإِرْضَاعِ ابْنٍ لَهُ مِنْ غَيْرِهَا جَازَ) لِأَنَّهُ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ عَلَيْهَا (وَإِنِ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا فَاسْتَأْجَرَهَا) يَعْنِي لِإِرْضَاعِ وَلَدِهَا (جَازَ) لِأَنَّ النِّكَاحَ قَدْ زَالَ بِالكُلِّيَّةِ وَصَارَتْ كَالأَجْنَبِيَّةِ (فَإِنْ قَالَ الأَبُ لا أَسْتَأْجِرُهَا وَجَاءَ بِغَيْرِهَا فَرَضِيَتِ الأُمُّ بِمِثْلِ أَجْرِ الأَجْنَبِيَّةِ أَوْ رَضِيَتْ بِغَيْرِ أَجْرٍ) كَانَتْ هِيَ أَحَقَّ لِأَنَّهَا أَشْفَقُ فَكَانَ نَظَرًا لِلصَّبِيِّ فِي الدَّفْعِ إِلَيْهَا (وَإِنِ التَمَسَتْ زِيَادَةً لَمْ يُجْبَرِ الزَّوْجُ عَلَيْهَا) دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُ وَإِلَيْهِ الإِشَارَةُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿لا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] أَيْ بِإِلزَامِهِ لَهَا أَكْثَرَ مِنْ أُجْرَةِ الأَجْنَبِيَّةِ.

(وَنَفَقَةُ الصَّغِيرِ وَاجِبَةٌ عَلَى أَبِيهِ وَإِنْ خَالَفَهُ فِي دِينِهِ، كَمَا تَجِبُ نَفَقَةُ الزَّوْجَةِ عَلَى الزَّوْجِ وَإِنْ خَالَفَتْهُ فِي دِينِهِ) أَمَّا الوَلَدُ فَلِإِطْلَاقِ مَا تَلَوْنَا، وَلِأَنَّهُ جُزْؤُهُ فَيَكُونُ فِي مَعْنَى نَفْسِهِ، وَأَمَّا الزَّوْجَةُ فَلِأَنَّ السَّبَبَ هُوَ العَقْدُ الصَّحِيحُ فَإِنَّهُ بِإِزَاءِ الِاحْتِبَاسِ الثَّابِتِ بِهِ، وَقَدْ صَحَّ العَقْدُ بَيْنَ المُسْلِمِ وَالكَافِرَةِ وَتَرَتَّبَ عَلَيْهِ الِاحْتِبَاسُ فَوَجَبَتِ النَّفَقَةُ،

قوله: وَنَفَقَةُ الصَّغِيرِ وَاجِبَةٌ عَلَى أَبِيهِ وَإِنْ خَالَفَهُ فِي دِينِهِ، بأن أسلم الابن بنفسه والأب كافرًا، وعلى العكس؛ لما أن إسلام الصبي العاقل وارتداده صحيح.

قوله: فَلِإِطْلَاقِ مَا تَلَوْنَا، وهو قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

وَفِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا إِنَّمَا تَجِبُ النَّفَقَةُ عَلَى الأَبِ إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلصَّغِيرِ مَالٌ، أَمَّا إِذَا كَانَ فَالأَصْلُ أَنَّ نَفَقَةَ الإِنْسَانِ فِي مَالِ نَفْسِهِ صَغِيرًا كَانَ أَوْ كَبِيرًا.

قوله: أَمَّا إِذَا كَانَ فَالأَصْلُ أَنَّ نَفَقَةَ الإِنْسَانِ فِي مَالِ نَفْسِهِ، فرق بين هذا وبين نفقة الزوجات، فإن المرأة وإن كانت موسرة فنفقتها على الزوج، بخلاف الصبي إذا كان له مال فنفقته في ماله لا على الأب.

والفرق هو أنَّ نفقة الزوجات إمَّا تجب بإزاء التمكن من الاستمتاع؛ فكان على طريق المعادلة، والبدل يجب وإن كان من يستحقه غنيًّا، فأمَّا نفقة الولد فلا تجب بإزاء التمكن من الاستمتاع، وإنَّما تجب لأجل الحاجة، فلا تجب بدون الحاجة كنفقة المحارم.

ثم قوله في الكتاب: إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلصَّغِيرِ مَالٌ، عام لأنه نكرة في موضع النفي فيتناول جميع الأموال من جنس النفقة أو من غير جنسها، أو دورًا وعقارًا أو غير ذلك، بخلاف ما ذكرنا في نفقة الزوجة في مال الغائب، فلذلك قال في «الذخيرة»:

فإن كان للصغير عقارًا وثيابٌ واحتيج إلى ذلك للنفقة، كان للأب أن يبيع ذلك كله وينفق عليه؛ لأنه غنيٌّ بهذه الأشياء، ونفقة الصبي تكون في ماله إذا كان غنيًّا، ثم الوالد إذا لم يكن له مال فأبى أن يكتسب وينفق على أولاده، يجبر على ذلك ويحبس، بخلاف سائر الدُّيون، فإن الوالد وإن علا لا يحبس بديون الأولاد، وفي هذا الدين يحبس، والفرق وهو أن في الامتناع عن الإنفاق هاهُنا إتلاف النفس، والأب يستوجب العقوبة عند قصده إتلافَ الولد، كما لو عدَا على ابنه بالسيف كان للابن أن يقتله، بخلاف سائر الديون.

فإن كان الأبُ عاجزًا عن الكسب لما به من الزمانة، أو كان مُقعدًا يتكفَّف الناس وينفق عليهم، هكذا ذُكر في «نفقات الخصاف» رحمه الله.

ومن المتأخرين من قال: تكون نفقة الأولاد في هذه الصورة في بيت المال؛ لأنه إذا كان بهذه الصفة تكون نفقته في بيت المال، فكذا نفقة أولاده، وقال: الصحيح الذي به قوة العمل، إلا أنه لا يحسن العمل فنفقته على الأب؛ لأنه إذا كان لا يحسن العمل فالناس لا يأمرونه

....

العمل، فصار هو كالعاجز عن الكسب.

قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: الرجل الصحيح قد لا يقدر على الكسب لخُرقةٍ[1]، أو لكونه من أهل البيوتات فيكون عاجزًا عن الكسب، فإذا كان هكذا كانت نفقته على الأب، وهكذا قالوا في طالب العلم إذا كان لا يهتدي إلى الكسب، لا تسقط نفقته عن الأب بمنزلة الزمن والأنثى، هذا كله من «الذخيرة»، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(١) في هامش نسخة دار الكتب القطرية (قط): الخَرَقُ بالتحريك: الدَّهشُ من الخوف أو الحياء، والاسم: الخُرْقُ بالضم، كذا في الصحاح.

(فَصْلٌ)

(وَعَلَى الرَّجُلِ أَنْ يُنْفِقَ عَلَى أَبَوَيْهِ وَأَجْدَادِهِ وَجَدَّاتِهِ إِذَا كَانُوا فُقَرَاءَ وَإِنْ خَالَفُوهُ فِي دِينِهِ) أَمَّا الأَبَوَانِ فَلِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان: ١٥] نَزَلَتِ الآيَةُ فِي الأَبَوَيْنِ الكَافِرَيْنِ، وَلَيْسَ مِنَ المَعْرُوفِ أَنْ يَعِيشَ فِي نِعَمِ اللهِ تَعَالَى وَيَتْرُكَهُمَا يَمُوتَانِ جُوعًا، وَأَمَّا الأَجْدَادُ وَالجَدَّاتُ فَلِأَنَّهُمْ مِنَ الآبَاءِ وَالأُمَّهَاتِ وَلِهَذَا يَقُومُ الجَدُّ مَقَامَ الأَبِ عِنْدَ عَدَمِهِ وَلِأَنَّهُمْ سَبَّبُوا لِإِحْيَائِهِ فَاسْتَوْجَبُوا عَلَيْهِ الإِحْيَاءَ بِمَنْزِلَةِ الأَبَوَيْنِ، وَشُرِطَ الفَقْرُ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ ذَا مَالٍ، فَإِيجَابُ نَفَقَتِهِ فِي مَالِهِ أَوْلَى

فصلٌ

قوله: وَعَلَى الرَّجُلِ أَنْ يُنْفِقَ عَلَى أَبَوَيْهِ وَأَجْدَادِهِ، وفي «المبسوط»: ويجبر الرجل الموسر على نفقة أبيه وأمه إذا كانا محتاجين؛ لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ﴾ [الإسراء: ٢٣]، نَهى عن التأفيف لمعنى الأذى، ومعنى الأذى في منع النفقة عند حاجتهما أكثر، ولهذا يلزمه نفقتهما وإن كانا قادرين على الكسب؛ لأن معنى الأذى في الكدِّ والتعب أكثر منه في التأفيف، قال صلَّى الله عليه وسلَّم: «إن أطيب ما يأكل الرجل من كسبه، وإن ولده لمن كسبه فكلوا من كسب أولادكم».

قوله: وَشُرِطَ الفَقْرُ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ ذَا مَالٍ، فَإِيجَابُ نَفَقَتِهِ فِي مَالِهِ، وذكر شمس الأئمَّة السرخسي رحمه الله في «شرح أدب القاضي» للخصاف أن الأب إذا كان كسوبًا، والابن أيضًا كسوبًا يجبر الابن على الكسب والنفقة على الأب.

مِنْ إِيجَابِهَا فِي مَالِ غَيْرِهِ، وَلا يُمْنَعُ ذَلِكَ بِاخْتِلافِ الدِّينِ لِمَا تَلَوْنَا (وَلا تَجِبُ النَّفَقَةُ مَعَ اخْتِلافِ الدِّينِ إِلَّا لِلزَّوْجَةِ وَالأَبَوَيْنِ وَالأَجْدَادِ وَالجَدَّاتِ وَالوَلَدِ وَوَلَدِ الوَلَدِ) أَمَّا الزَّوْجَةُ فَلِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهَا وَاجِبَةٌ لَهَا بِالعَقْدِ لِاحْتِبَاسِهَا لِحَقٍّ لَهُ مَقْصُودٍ، وَهَذَا لا يَتَعَلَّقُ بِاتِّحَادِ المِلَّةِ، وَأَمَّا غَيْرُهَا فَلِأَنَّ الجُزْئِيَّةَ ثَابِتَةٌ وَجُزْءَ المَرْءِ فِي مَعْنَى نَفْسِهِ، فَكَمَا لا يُمْتَنَعُ نَفَقَةُ نَفْسِهِ لِكُفْرِهِ لا يُمْتَنَعُ نَفَقَةُ جُزْئِهِ إِلَّا أَنَّهُمْ إِذَا كَانُوا حَرْبِيِّينَ لا تَجِبُ نَفَقَتُهُمْ عَلَى المُسْلِمِ وَإِنْ كَانُوا مُسْتَأْمَنِينَ، لِأَنَّا نُهِينَا عَنِ البِرِّ فِي حَقِّ مَنْ يُقَاتِلُنَا فِي الدِّينِ.

(وَلا تَجِبُ عَلَى النَّصْرَانِيِّ نَفَقَةُ أَخِيهِ المُسْلِمِ) وَكَذَا لا تَجِبُ عَلَى المُسْلِمِ نَفَقَةُ

وذكر شمس الأئمَّة الحلوانِي رحمه الله في «شرح أدب القاضي» للخصاف: أنه لا يجبر الابن على نفقة الأب إذا كان الأب قادرًا على الكسب، واعتبره بذي الرحم المحرم، فإنه لا يستحق النفقة في كسب قريبه، ولا على قريبه الموسر إذا كان هو كسوبًا؛ وهذا لأن استحقاق النفقة على الأقارب عند الفقر والحاجة، فإذا كان قادرًا على الكسب كان غنيًّا باعتبار الكسب، فلا ضرورة إلى إيجاب النفقة على الغير.

ثم على ما ذكره شمس الأئمة السرخسي رحمه الله يحتاج إلى الفرق بين نفقة الولد وبين نفقة الوالد، فإن الولد إذا كان ذكرًا بالغًا وهو قادر على الكسب لا يجب على الأب نفقته، والفرق هو أن استحقاق نفقة الأقارب باعتبار الحاجة، وللأب زيادة فضيلة على الولد في الاستحقاق باعتبار الحاجة، أيّ حاجة كانت ضرورية أو غير ضرورية، ألا ترى أن الأب يستحق استيلاد جارية الولد، والولد لا يستحق استيلاد جارية الأب، ثمَّ لو شرط هاهُنا عجز الأب عن الكسب لاستحقاق النفقة على الابن، كما شرط في حق الأب لوقعت المساواة بينهما في الاستحقاق بسبب الحاجة، وهذا ممَّا لا سبيل إليه، فالحاصل أن في نفقة الوالدين يعتبر الفقر لا غير، على ما هو ظاهر الرواية إلا على قول شمس الأئمَّة الحلوانِي

أَخُوهُ النَّصْرَانِيِّ لِأَنَّ النَّفَقَةَ مُتَعَلِّقَةٌ بِالإِرْثِ بِالنَّصِّ بِخِلَافِ العِتْقِ عِنْدَ المِلْكِ لِأَنَّهُ مُتَعَلِّقٌ بِالقَرَابَةِ وَالمَحْرَمِيَّةِ بِالحَدِيثِ، وَلِأَنَّ القَرَابَةَ مُوجِبَةٌ لِلصِّلَةِ، وَمَعَ الاتِّفَاقِ فِي الدِّينِ آكَدُ وَدَوَامُ مِلْكِ اليَمِينِ أَعْلَى فِي القَطِيعَةِ مِنْ حِرْمَانِ النَّفَقَةِ، فَاعْتَبَرْنَا فِي الأَعْلَى أَصْلَ العِلَّةِ وَفِي الأَدْنَى العِلَّةَ المُؤَكَّدَةَ فَلِهَذَا افْتَرَقَا (وَلا يُشَارِكُ الوَلَدَ فِي نَفَقَةِ أَبَوَيْهِ أَحَدٌ) لِأَنَّ لَهُمَا تَأْوِيلا فِي مَالِ الوَلَدِ بِالنَّصِّ، وَلا تَأْوِيلَ لَهُمَا فِي مَالِ غَيْرِهِ، وَلِأَنَّهُ أَقْرَبُ النَّاسِ إِلَيْهِمَا فَكَانَ أَوْلَى بِاسْتِحْقَاقِ نَفَقَتِهِمَا عَلَيْهِ، وَهِيَ عَلَى الذُّكُورِ وَالإِنَاثِ بِالسَّوِيَّةِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَهُوَ الصَّحِيحُ، لِأَنَّ المَعْنَى يَشْمَلُهُمَا.

رحمه الله، كذا في «الذخيرة».

قوله: لِأَنَّ النَّفَقَةَ مُتَعَلِّقَةٌ بِالإِرْثِ بِالنَّصِّ، وهو قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، والإرث لا يجري بين المسلم والكافر، فلا تجب نفقة الكافر؛ لأن النفقة بناء على الإرث.

وأمَّا العتق فمبني على القرابة المحرَّمة للقطع، وهي ذو الرحم المحرم بالحديث، وهو قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «من ملك ذا رحم محرم يعتق عليه»، والمعنى هو أن القطيعة في ملك اليمين أعلى، أي: أقطع للرحم، فكان لإزالته طريقان عند الملك اتحاد الملة، وعدم اتحاد الملة، ولإزالة قطع الرحم الأدنى طريق واحد، وهو القرابة مع اتحاد الملة، إظهارًا لانحطاط رتبته عن الأعلى.

قوله: وَلا يُشَارِكُ الوَلَدَ فِي نَفَقَةِ أَبَوَيْهِ أَحَدٌ، أي: أحد من الأخوة والأخوات والأعمام وغيرهم، وأمَّا الأولاد فإنهم يشتركون في إنفاق والديهم.

قوله: وَهِيَ - أي النفقة - عَلَى الذُّكُورِ وَالإِنَاثِ بِالسَّوِيَّةِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَهُوَ الصَّحِيحُ، احتراز عن رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله: أن النفقة بين الذكور والإناث أثلاثًا، للذكر مثل حظ الأنثيين على قياس الميراث، وعلى قياس نفقة ذوي الأرحام.

(وَالنَّفَقَةُ لِكُلِّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ إذَا كَانَ صَغِيرًا فَقِيرًا أَوْ كَانَتِ امْرَأَةً بَالِغَةً فَقِيرَةً أَوْ كَانَ ذَكَرًا بَالِغًا فَقِيرًا زَمِنًا أَوْ أَعْمَى) لِأَنَّ الصِّلَةَ فِي القَرَابَةِ القَرِيبَةِ وَاجِبَةٌ دُونَ البَعِيدَةِ، وَالفَاصِلُ أَنْ يَكُونَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ، وَقَدْ قَالَ اللهُ تَعَالَى ﴿وَعَلَى الوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وَفِي قِرَاءَةِ عَبْدِ اللهِ بْنِ مَسْعُودٍ «وَعَلَى الوَارِثِ ذِي الرَّحِمِ المَحْرَمِ مِثْلُ ذَلِكَ» ثُمَّ لا بُدَّ مِنَ الحَاجَةِ وَالصِّغَرِ وَالأُنُوثَةِ وَالزَّمَانَةِ وَالعَمَى أَمَارَةُ

وجه الرواية الأخرى أن استحقاق الأبوين باعتبار التأويل، وحق الملك لهما في مال الولد، كما قال صلَّى الله عليه وسلَّم: «أنت ومالك لأبيك»، وفي هذا الذكور والإناث سواء، ولهذا يثبت لهما هذا الاستحقاق مع اختلاف الملة، وإن انعدم التوارث بسبب اختلاف الملة، فإن كان الولد معسرًا وهما معسران أيضـًا فليس عليه نفقتهما؛ لأنَّهما لمَّا استويا في الحال لم يكن أحدهما بإيجاب نفقته على صاحبه بأوْلَى من الآخر، إلا أنه روي عن أبي يوسف رحمه الله قال: إذا كان الأب زمنًا وكسبُ الابن لا يفضل عن نفقته، فعليه أن يضم الأب إلى نفسه؛ لأنه لو لم يفعل ضاع الأب، ولو فعل لا يخشى الهلاك على الولد، فالإنسان لا يهلك على نصف بطنه، كذا في «المبسوط».

قوله: وَالنَّفَقَةُ لِكُلِّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ، أي: واجبة.

وفي «المبسوط»: ويجبر على نفقة كل ذي رحم محرم منه الصغار والنساء وأهل الزَّمانة من الرجال إذا كانوا ذوي حاجة عندنا، وقال الشافعي رحمه الله: لا تجب النفقة على غير الوالدين والمولودين، وقال ابن أبي ليلى: تجب النفقة على كل وارث محرمـًا كان أو غير محرم، واستدلَّ بظاهر قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

ولكن بيَّنا أن في قراءة ابن مسعود رضي الله عنه: وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك، والشافعي يبني على أصله، فإن عنده استحقاق الصلة باعتبار الولادة دون القرابة، حتى لا يعتق أحدٌ على أحدٍ إلا الوالدان والمولودون عنده، وجعل قرابة الأخوة في ذلك كقرابة بني الأعمام، فكذلك في حق استحقاق النفقة، وفيما بين الآباء والأولاد الاستحقاق بعلة

الحَاجَةِ لِتَحَقُّقِ العَجْزِ، فَإِنَّ القَادِرَ عَلَى الكَسْبِ غَنِيٌّ بِكَسْبِهِ، بِخِلَافِ الأَبَوَيْنِ لِأَنَّهُ يَلْحَقُهُمَا تَعَبُ الكَسْبِ وَالوَلَدُ مَأْمُورٌ بِدَفْعِ الضَّرَرِ عَنْهُمَا فَتَجِبُ نَفَقَتُهُمَا مَعَ قُدْرَتِهِمَا عَلَى الكَسْبِ.

قَالَ: (وَيَجِبُ ذَلِكَ عَلَى مِقْدَارِ المِيرَاثِ وَيُجْبَرُ عَلَيْهِ) لِأَنَّ التَّنْصِيصَ عَلَى الوَارِثِ

الجزئية دون القرابة، وحمل قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٢٣٣] على نفي المضارة دون النفقة، وكذلك مرويّ عن ابن عباس رضي الله عنهما.

ولكنَّا نستدل بقول عمر وزيد رضي الله عنهما، فإنَّهما قالا: وعلى الوارث مثل ذلك من النفقة، ثم نفي المضارة لا يختص به الوارث، بل يجب ذلك على غير الوارث كما يجب على الوارث، على أن الكناية في قوله تعالى (ذلك) يكون عن الأبعد، وإذا أريد به الأقرب يقال (هذا)، فلما قال (ذلك) عرفنا أنه ينصرف إلى قوله: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، والمعنى فيه أنَّ القرابة القريبة يفترض وصلها ويحرم قطعها، قال صلَّى الله عليه وسلَّم: «ثلاث معلقات بالعرش: النعمة والأمانة والرحم، تقول النعمة: كفرتُ ولم أُشكر، وتقول الأمانة: خُوِّنت ولم أُؤدَّ، وتقول الرحم: قُطِعتُ ولم أُوصَلْ»، وقد جعل الله تعالى قطيعة الرحم من الملاعن بقوله: ﴿أُوْلَـٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ لَعَنَهُمُ ٱللَّهُ﴾ [النساء: ٥٢]، ومنع النفقة معَ يسار المنفق، وصدق حاجة المنفق عليه يؤدي إلى قطيعة الرحم، ولهذا اختص به ذو الرحم المحرم؛ لأن القرابة إذا بعدت لا يفرض وصلها، ولهذا لا تثبت المحرمية بها.

قوله: وَيَجِبُ ذَلِكَ عَلَى قَدْرِ المِيرَاثِ؛ لأن الله تعالى أوجب النفقة باسم الميراث، فيجب التقدير به، ولهذا قلنا: أنَّ الرجل إذا أوصى لورثة بني فلان وله بنون وبنات كانت الوصية لهم على قدر الميراث، ولو أوصى لولد فلان كان الذكر والأنثى فيه على السواء، فعلى هذا تخرج جنس هذه المسائل، كذا في «الذخيرة».

ثم معنى **قوله**: يَجِبُ ذَلِكَ عَلَى قَدْرِ المِيرَاثِ، هو أنه إذا ثبتَ الميراث فيما بين ذوي

تَنْبِيهٌ عَلَى اعْتِبَارِ المِقْدَارِ، وَلِأَنَّ الغُرْمَ بِالغُنْمِ وَالجَبْرَ لِإِيفَاءِ حَقٍّ مُسْتَحَقٌّ.

قَالَ: (وَتَجِبُ نَفَقَةُ الِابْنَةِ البَالِغَةِ وَالِابْنِ الزَّمِنِ عَلَى أَبَوَيْهِ أَثْلَاثًا، عَلَى الأَبِ الثُّلُثَانِ وَعَلَى الأُمِّ الثُّلُثُ) لِأَنَّ المِيرَاثَ لَهُمَا عَلَى هَذَا المِقْدَارِ، قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ: هَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ رِوَايَةُ الخَصَّافِ وَالحَسَنِ - رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَى -، وَفِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ كُلُّ النَّفَقَةِ عَلَى الأَبِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَعَلَى المَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ﴾ [البقرة:

الرحم المحرم، ولم يتجاوز الميراث منهم إلى غير ذي الرحم المحرم، كانت النفقة على قدر الميراث كما ذُكر، وأمَّا إذا تجاوز الميراث عنهم إلى غيرهم، كان وجوب النفقة على ذي الرحم المحرم الذي لم يرث، لا على غير ذي الرحم المحرم الذي هو وارث.

بيان ذلك فيما ذكره من «المبسوط» فقال: وإن كان للولد خال موسر، وابن عم موسر، فالنفقة على الخال دون ابن العم، وإن كان الميراث لابن العم؛ لأن النفقة على ذي الرحم المحرم، وابن العم ليس بمحرم فلا نفقةَ عليه، والخال محرم فيكون النفقة عليه إذا كان موسرًا.

قلتُ: ومن هذا يعلم أن صفة ذي الرحم المحرم أعْرَق وأرْسَخ في وجوب النفقة من صفة الوراثة الثابتتين في قوله تعالى: (وعلى الوارث ذي الرحم المحرم) في قراءة ابن مسعود رضي الله عنه.

فإن قيل: هذه النفقة مبنيَّة على الميراث بالنص، فعلى هذا كان ينبغي أن يجب النفقة على ابن العم لوجود الإرث، ولا تجبُ على الخال لعدم الإرث.

قلنا: نفقة ذوي الأرحام واجبة لتحقيق الصلة، وتحقيق صلة قرابة ابن العم ليس بواجب بدليل جواز المناكحة في حقه، بخلاف الخال فإن صلته واجبة والنفقة منها، فتجب عليه.

وأمَّا بيان ترتيب وجوب قدر النفقة على قدر الميراث في ذوي الرحم المحرم في جميع الروايات ما ذكره في «المبسوط»، فقال: وإذا كان الرجل زمنًا معسرًا، أو له ابن معسر صغير، أو كبير زمن، وللرجل ثلاثة إخوة متفرقون أهل يسار، فنفقة الرجل تكون على أخيه لأب وأم، وعلى أخيه لأم أسداساً بحسب ميراثهما، فأمَّا نفقة الأولاد فعلى الأخ من الأب

٢٣٣] وَصَارَ كَالوَلَدِ الصَّغِيرِ، وَوَجْهُ الفَرْقِ عَلَى الرِّوَايَةِ الأُولَى أَنَّهُ اجْتَمَعَتْ لِلْأَبِ فِي الصَّغِيرِ وِلَايَةٌ وَمُئُونَةٌ حَتَّى وَجَبَتْ عَلَيْهِ صَدَقَةُ فِطْرِهِ فَاخْتَصَّ بِنَفَقَتِهِ، وَلَا كَذَلِكَ الكَبِيرُ لِانْعِدَامِ الوِلَايَةِ فِيهِ فَتُشَارِكُهُ الأُمُّ، وَفِي غَيْرِ الوَالِدِ يُعْتَبَرُ قَدْرُ المِيرَاثِ حَتَّى تَكُونَ نَفَقَةُ الصَّغِيرِ عَلَى الأُمِّ وَالجَدِّ أَثْلَاثًا، وَنَفَقَةُ الأَخِ المُعْسِرِ عَلَى الأَخَوَاتِ

والأم خاصَّة؛ لأن ميراث الولد عند عدم الأب له خاصة؛ لأنه عم لأب وأم، فلا يرث معه العم لأب ولا العم لأم.

والحاصل أن من يكون محتاجاً يجعل في حكم المعدوم، فتكون النفقة بعده على من يكون وارثاً بحسب الميراث، فإذا كان الولد ابنة كانت نفقة الأب والابنة على الأخ من الأب والأم خاصة، أمَّا نفقة الابنة فلما بينا، وأمَّا نفقة الأب فلأن الوارث هاهُنا الأخ لأب وأم خاصة؛ لأن الأخ لأب وأم يرث مع الابنة، والأخ لأم لا يرث مع البنت، فلا حاجة إلى أن تجعل البنت كالمعدومة، ولكن يُعتبر صفة الوراثة مع بقائها، بخلاف الابن فإنه لا يرث معه أحد من الإخوة، فلابد من أن يجعل كالمعدوم، وإذا جعل كذلك فميراث الابن يكون بين الأخ لأب وأم والأخ لأم أسداساً، فالنفقةُ عليهما بحسب ذلك.

وذكر في «الذخيرة»: فالحاصل أن هذه النفقة لا تجب إلا على ذي رحم محرم، هو أهل للإرث سواء كان وارثاً في هذه الحالة أو لم يكن، وعند الاستواء في المحرمية وأهلية الإرث يترجح من كان وارثاً حقيقةً في هذه الحالة، حتى أنه إذا كان له عمٌّ وخالٌ فالنفقة على العم؛ لأنَّهما استويا في المحرمية، ويرجح العم في هذه الحالة على الخال بكونه وارثاً حقيقةً، وكذلك إذا كان له عمٌّ وعمة وخالة، فالنفقة على العم الموسر لا غير؛ لما بينا، ولو كان العمُّ معسرًا فالنفقة على العمة والخالة أثلاثاً على قدر ميراثهما، ويجعل العم كالميت.

قوله: وَوَجْهُ الفَرْقِ، أي: بين نفقة الولد الصغير وبين نفقة الولد الكبير الزَّمِن، حيث تجب نفقة الولد الصغير بجملتها على الأب لا يشاركه فيها أحد.

وأمَّا نفقة الولد الكبير إذا كان زَمِناً فثلثاها على الأب لا كلها، والثلث على الأم كما

الْمُتَفَرِّقَاتِ الْمُوسِرَاتِ أَخْمَاسًا عَلَى قَدْرِ الْمِيرَاثِ، غَيْرَ أَنَّ الْمُعْتَبَرَ أَهْلِيَّةُ الإِرْثِ فِي الْجُمْلَةِ لا إِحْرَازُهُ، فَإِنَّ الْمُعْسِرَ إِذَا كَانَ لَهُ خَالٌ وَابْنُ عَمٍّ تَكُونُ نَفَقَتُهُ عَلَى خَالِهِ وَمِيرَاثُهُ يُحْرِزُهُ ابْنُ عَمِّهِ (وَلا تَجِبُ نَفَقَتُهُمْ مَعَ اخْتِلَافِ الدِّينِ لِبُطْلَانِ أَهْلِيَّةِ الإِرْثِ وَلا بُدَّ مِنِ اعْتِبَارِهِ وَلا تَجِبُ عَلَى الفَقِيرِ) لِأَنَّهَا تَجِبُ صِلَةً وَهُوَ يَسْتَحِقُّهَا عَلَى غَيْرِهِ فَكَيْفَ تَسْتَحِقُّ عَلَيْهِ بِخِلَافِ نَفَقَةِ الزَّوْجَةِ وَوَلَدِهِ الصَّغِيرِ لِأَنَّهُ الْتَزَمَهَا بِالإِقْدَامِ عَلَى العَقْدِ، إِذِ الْمَصَالِحُ لا تَنْتَظِمُ دُونَهَا، وَلا يَعْمَلُ فِي مِثْلِهَا الإِعْسَارُ، ثُمَّ الْيَسَارُ مُقَدَّرٌ

في الإرث، وهو أن للأب لمَّا كانت ولايةً كاملةً على الصغير صار الصغير بمنزلة نفسه، وغير الأب لا يشارك الأب في النفقة على نفسه، فكذا في النفقة على الصغير، فأمَّا البالغ فليس للأب عليه ولاية ليصير في معنى نفسه، فاعتبر بسائر المحارم، فيكون نفقته باعتبار ميراثه، وميراثه يكون بينهما أثلاثًا، فكذا النفقةُ.

قوله: أَخْمَاسًا عَلَى قَدْرِ الْمِيرَاثِ، ثلاثة الأخماس لأخت لأب وأم، والخمس لأخت لأم؛ والخمس لأخت لأب، وكذا النفقة على هذا التفصيل.

قوله: غَيْرَ أَنَّ الْمُعْتَبَرَ أَهْلِيَّةُ الإِرْثِ، قيَّد به لأنه لو لم يكن أهلًا للإرث بأن كان مخالفاً لدينه لا تجب النفقة.

قوله: لا إِحْرَازُهُ، قيَّد به لأنه لا يعتبر الإحراز في هذا الباب، كما في الخال مع ابن العم على ما ذكرنا، فإن الخال لا يُحرز الميراث مع وجود ابن العم، ومع ذلك كانت النفقة على الخال.

قوله: وَلا بُدَّ مِنِ اعْتِبَارِهِ، أي: اعتبار الإرث.

وذكر في «مبسوط شيخ الإسلام»: وإنما قلنا أنَّ سبب استحقاق النفقة المحرمية، وقيام سبب الإرث بينهما، لا جريان الميراث بينهما حالة النفقة؛ لأنه لا يتصوَّر جريان الميراث حالة القضاء بالنفقة؛ لأن القضاء بالنفقة حال حياة القريب، والتوارث لا يجري حالة الحياة، وقد وجد في المحرمية قيام سبب الإرث، ألا ترى أن ابن العم لو مات قبل الخال

بِالنِّصَابِ فِيمَا رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قَدَّرَهُ بِمَا يَفْضُلُ عَلَى نَفَقَةِ نَفْسِهِ وَعِيَالِهِ شَهْرًا أَوْ بِمَا يَفْضُلُ عَلَى ذَلِكَ مِنْ كَسْبِهِ الدَّائِمِ كُلَّ يَوْمٍ لِأَنَّ الْمُعْتَبَرَ فِي حُقُوقِ العِبَادِ إِنَّمَا هُوَ الْقُدْرَةُ دُونَ النِّصَابِ فَإِنَّهُ لِلتَّيْسِيرِ وَالفَتْوَى عَلَى الأَوَّلِ، لَكِنَّ النِّصَابَ نِصَابُ حِرْمَانِ الصَّدَقَةِ. (وَإِذَا كَانَ لِلابْنِ الغَائِبِ مَالٌ قُضِيَ فِيهِ بِنَفَقَةِ أَبَوَيْهِ) وَقَدْ بَيَّنَّا الوَجْهَ فِيهِ (وَإِذَا بَاعَ أَبُوهُ مَتَاعَهُ فِي نَفَقَتِهِ جَازَ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ (وَإِنْ بَاعَ العَقَارَ لَمْ يَجُزْ)،

كان الميراث للخال، فسبب الإرث قائم والأهلية باقية؛ لأنهما مسلمان، ولكن جريان الإرث عدم، وهو ليس بشرطٍ.

قوله: وَالفَتْوَى عَلَى الأَوَّلِ، وهو أنَّ اليسار مقدر بالنصاب.

قوله: لَكِنَّ النِّصَابَ نِصَابُ حِرْمَانِ الصَّدَقَةِ، وهو أن يملك ما فضل عن حاجته ما يبلغ مائتي درهم فصاعدًا، وهو الصحيح؛ وهذا لأنه لم يشترط لوجوب صدقة الفطر غنًى موجب للزكاة، وإنما يشترط غنى محرم للصدقة، فكذا في حق إيجاب النفقة؛ لأن النفقة أشبه بصدقة الفطر منه بالزكاة؛ لأن في صدقة الفطر معنى المؤنة، ومعنى الصدقة، فإذا لم يشترط لصدقة الفطر غنى موجب للزكاة، وهي صدقة من وجه، ومؤنة من وجه؛ فلأَن لا يشترط لوجوب النفقة غنًى موجب للزكاة وأنَّها مؤنة من كل وجهٍ كان أَوْلَى، كذا في «الذخيرة».

قوله: قُضِيَ فِيهِ بِنَفَقَةِ أَبَوَيْهِ، وَقَدْ بَيَّنَّا الوَجْهَ فِيهِ، وهو **قوله:** وَلَا يَقْضِي بِنَفَقَةٍ فِي مَالِ غَائِبٍ إِلَّا لِهَؤُلَاءِ، إلى **قوله:** وَلِهَذَا كَانَ لَهُمْ أَنْ يَأْخُذُوا قَبْلَ القَضَاءِ فَكَانَ قَضَاءُ القَاضِي إِعَانَةً لَهُمْ.

قوله: وَإِنْ بَاعَ العَقَارَ لَمْ يَجُزْ، ولا يجوز للأب بيع عقار الولد عند أبي حنيفة رضي الله عنه، إلا إذا كان الولد صغيرًا.

وَفِي قَوْلِهِمَا لا يَجُوزُ ذَلِكَ كُلُّهُ وَهُوَ القِيَاسُ، لِأَنَّهُ لا وِلايَةَ لَهُ لِانْقِطَاعِهَا بِالبُلُوغِ، وَلِهَذَا لا يَمْلِكُ فِي حَالِ حَضْرَتِهِ وَلا يَمْلِكُ البَيْعَ فِي دَيْنٍ لَهُ سِوَى النَّفَقَةِ، وَكَذَا لا تَمْلِكُ الأُمُّ فِي النَّفَقَةِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ لِلْأَبِ وِلايَةَ الحِفْظِ فِي مَالِ الغَائِبِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ لِلْوَصِيِّ ذَلِكَ فَالأَبُ أَوْلَى لِوُفُورِ شَفَقَتِهِ، وَبَيْعُ المَنْقُولِ مِنْ بَابِ الحِفْظِ وَلا كَذَلِكَ العَقَارُ لِأَنَّهَا مُحْصَنَةٌ بِنَفْسِهَا، وَبِخِلَافِ غَيْرِ الأَبِ مِنَ الأَقَارِبِ لِأَنَّهُ لا وِلايَةَ لَهُمْ أَصْلًا فِي التَّصَرُّفِ حَالَةَ الصِّغَرِ وَلا فِي الحِفْظِ بَعْدَ الكِبَرِ، إِذَا جَازَ بَيْعُ الأَبِ فَالثَّمَنُ مِنْ جِنْسِ حَقِّهِ وَهُوَ النَّفَقَةُ فَلَهُ الِاسْتِيفَاءُ مِنْهُ، كَمَا لَوْ بَاعَ العَقَارَ وَالمَنْقُولَ عَلَى الصَّغِيرِ جَازَ لِكَمَالِ الوِلايَةِ، ثُمَّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ بِنَفَقَتِهِ لِأَنَّهُ مِنْ جِنْسِ حَقِّهِ.

(وَإِنْ كَانَ لِلِابْنِ الغَائِبِ مَالٌ فِي يَدِ أَبَوَيْهِ وَأَنْفَقَا مِنْهُ لَمْ يَضْمَنَا) لِأَنَّهُمَا اسْتَوْفَيَا

قوله: وَفِي قَوْلِهِمَا لا يَجُوزُ، أي في العروض والعقار جميعًا.

قوله: وَهُوَ القِيَاسُ، فوجه القياس في ذلك هو أن ولاية الأب تنقطع ببلوغ الصبي رشيدًا، إلا فيما يَبِيْعَه تحصينًا لولده الغائب، فإن الابن إذا بلغ وهو غائب فللأب ووصي الأب بيع عروضه تحصينًا على الغائب، وهاهنا هو لا يبيع تحصينًا على الغائب، وإنما يبيع لنفسه وليس له هذه الولاية، ألا ترى أن استحقاق الأم النفقة كاستحقاق الأب، ثم الأم لا تبيع عروض الولد في نفقتها، فكذلك الأبُ.

ولكن استحسن أبو حنيفة فقال: ولاية الأب وإن زالت بالبلوغ ولكن بقي أثرها، ولهذا صح منه الاستيلاد في جارية الابن، فلبقاء أثر ولايته كان له أن يبيع العروض؛ لأن بيع العروض من الحفظ، فإن العين يخشى عليها الهلاك، وحفظ الثمن أيسر، وولاية الحفظ تثبت لمن لا تثبت له ولاية التصرف، كالوصي في حق الوارث الكبير له ولاية الحفظ وبيع العروض، فكذلك للأب ذلك، وبعد البيع الثمن من جنس حقه، فله أن يأخذ منه مقدار النفقة.

حَقَّهُمَا لِأَنَّ نَفَقَتَهُمَا وَاجِبَةٌ قَبْلَ القَضَاءِ عَلَى مَا مَرَّ وَقَدْ أَخَذَا جِنْسَ الحَقِّ (وَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ فِي يَدِ أَجْنَبِيٍّ فَأَنفَقَ عَلَيْهِمَا بِغَيْرِ إِذْنِ القَاضِي ضَمِنَ) لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِي مَالِ الغَيْرِ بِغَيْرِ وِلَايَةٍ لِأَنَّهُ نَائِبٌ فِي الحِفْظِ لا غَيْرُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَمَرَهُ القَاضِي لِأَنَّ أَمْرَهُ مُلْزِمٌ لِعُمُومِ وِلَايَتِهِ، وَإِذَا ضَمِنَ لا يَرْجِعُ عَلَى القَابِضِ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِالضَّمَانِ فَظَهَرَ أَنَّهُ كَانَ مُتَبَرِّعًا بِهِ. (وَإِذَا قَضَى القَاضِي لِلْوَلَدِ وَالوَالِدَيْنِ وَذَوِي الأَرْحَامِ بِالنَّفَقَةِ فَمَضَتْ مُدَّةٌ سَقَطَتْ) لِأَنَّ نَفَقَةَ هَؤُلَاءِ تَجِبُ كِفَايَةً لِلْحَاجَةِ حَتَّى لا تَجِبُ مَعَ اليَسَارِ وَقَدْ حَصَلَتْ بِمُضِيِّ المُدَّةِ، بِخِلَافِ نَفَقَةِ الزَّوْجَةِ إِذَا قَضَى بِهَا القَاضِي لِأَنَّهَا تَجِبُ مَعَ يَسَارِهَا فَلَا تَسْقُطُ بِحُصُولِ الِاسْتِغْنَاءِ فِيمَا مَضَى.

قَالَ: (إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ القَاضِي بِالِاسْتِدَانَةِ عَلَيْهِ) لِأَنَّ القَاضِيَ لَهُ وِلَايَةٌ عَامَّةٌ فَصَارَ إِذْنُهُ

فأمَّا بيع العقار فليس من الحفظ؛ لأنه محصَّن بنفسه، فلا يملك ذلك إلا بمطلق الولاية وهو عند صغر الولد أو جنونه، وإذا باع عند ذلك أخذ من الثمن نفقتَه؛ لأنه من جنس حقه، بخلاف الأُمِّ وسائر الأقارب، فإنه لم يكن لهم ولايةُ حفظ المال، فلهذا لم يجز منهم بيع العروض، كذا في «المبسوط»، و«الذخيرة».

ثم ذكر في «الذخيرة» فقال: ثمَّ ذكر هاهُنا أن الأب يملك بيع منقول ابنه الكبير الغائب والأمُّ لا تملك، وذكر في الأقضية جواز بيع الأبوين، وهكذا ذكر القدوري في «شرحه»، فإنه أضافِ البيع إليهما، فإمَّا أن يكون في المسألة روايتان، في رواية الأقضية والقدوري تملك الأمُّ البيع كالأب؛ لأن معنى الولادة يجمعها، وهما في استحقاق النفقة على السواء، ولئن كانت المسألة على الاتفاق بأن الأم لا تملك، فتأويل ما ذكر في الأقضية والقدوري أن الأب هو الذي يبيع لكن لمنفعتهما، فأضاف البيع إليهما من حيث أن منفعة البيع تعود إليهما، وهو الظاهر بأن الأم لا تملك، ولكن بعد ما باع الأب فالثمن يصرف إليهما في نفقتهما.

قوله: إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ القَاضِي فِي الِاسْتِدَانَةِ، استثناء من **قوله**: فَمَضَتْ مُدَّةٌ سَقَطَتْ، أي:

كَأَمْرِ الغَائِبِ فَيَصِيرُ دَيْنًا فِي ذِمَّتِهِ فَلَا تَسْقُطُ بِمُضِيِّ المُدَّةِ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

في إذن القاضي بالاستدانة لا يسقط، أي: لا يسقط نفقة دين الاستدانة وإن كانت الاستدانة في نفقة ذوي الأرحام.

قلتُ: كما ذكر الفرق هنا بين نفقة الزوجة وبين نفقة ذوي الأرحام، حيث لا تسقط نفقة الزوجة فيما مضى بعد قضاء القاضي بها، وتسقط نفقة ذوي الأرحام، كذلك ذكر الفرق بينهما في «الذخيرة» من وجه آخر في موضعين:

أحدهما: هو أن القاضي إذا فرض للمرأة عشرة دراهم نفقة شهر، فمضى الشهر وقد بقي من العشرة شيء، حيث يفرض لها القاضي عشرة أخرى، ولو كان مثل هذا في الأقارب، بأن بقي شيء من الدراهم ومضت المدة لا يقضي بأخرى، والفرق أن نفقة الأقارب إنما تستحق باعتبار الحاجة، وما بقي شيء من الدراهم لا يحتاج إلى الأخرى، أمَّا نفقة المرأة إنَّما تستحق عوضـًا عن الاحتباس في بيت الزوج من وجه، والقاضي إنما جعل هذا المال عوضـًا عن احتباس مقدَّر، وقد انقضى ذلك فجاء احتباس آخر لم يأخذ بإزائه عوضًا فيقضى لها بأخرى.

والثاني: وهو أن القاضي إذا فرض للمرأة الكسوة والنفقة لوقت مقدر، فهلكت الكسوة أو النفقة، أو سرقت، أو خرقت الكسوة، أو أكلت النفقة قبل الوقت، ليس عليه أن يكسوها وينفق عليها أخرى، وأمَّا إذا فرض الكسوة أو النفقة للأقارب، فضاعت من أيديهم قبل مضي الوقت، فإنَّ القاضي يفرض لهم مرَّة أخرى.

والفرق ما ذكرنا هو أن الأقارب إنما تستحق النفقة باعتبار الحاجة، ولهذا لا تستحق مع الغنى، ومتى ضاعت الكسوة والنفقة قبل الوقت فقد تجدَّدت الحاجة، وأما المرأة فلا تستحق باعتبار الحاجة، ولهذا تستحق المرأة النفقة والكسوة مع الغنى، وإنما تستحق على وجه الكفاية عوضـًا عن احتباسها في بيت الزوج، وبالضياع قبل مضي المدة لا يتبين أنَّها لم تكن كافية في تلك المدة، ولم يتبين أنه لم يكن عوضـًا، والله تعالى أعلم.

(فَصْلٌ)

(وَعَلَى المَوْلَى أَنْ يُنْفِقَ عَلَى عَبْدِهِ وَأَمَتِهِ) لِقَوْلِهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فِي المَمَالِيكِ «إِنَّهُمْ إِخْوَانُكُمْ جَعَلَهُمْ اللهُ تَعَالَى تَحْتَ أَيْدِيكُمْ، أَطْعِمُوهُمْ مِمَّا تَأْكُلُونَ وَالبِسُوهُمْ مِمَّا تَلْبَسُونَ، وَلَا تُعَذِّبُوا عِبَادَ اللهِ» (فَإِنِ امْتَنَعَ وَكَانَ لَهُمَا كَسْبٌ اكْتَسَبَا وَأَنْفَقَا) لِأَنَّ فِيهِ نَظَرًا لِلْجَانِبَيْنِ حَتَّى يَبْقَى المَمْلُوكُ حَيًّا وَيَبْقَى فِيهِ مِلْكُ المَالِكِ.

(وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمَا كَسْبٌ) بِأَنْ كَانَ عَبْدًا زَمِنًا أَوْ جَارِيَةً لا يُؤَاجَرُ مِثْلُهَا (أُجْبِرَ المَوْلَى عَلَى بَيْعِهِمَا) لِأَنَّهُمَا مِنْ أَهْلِ الاسْتِحْقَاقِ وَفِي البَيْعِ إِيفَاءُ حَقِّهِمَا وَإِبْقَاءُ حَقِّ المَوْلَى بِالخُلْفِ، بِخِلَافِ نَفَقَةِ الزَّوْجَةِ لِأَنَّهَا تَصِيرُ دَيْنًا فَكَانَ تَأْخِيرًا عَلَى مَا ذَكَرْنَا، وَنَفَقَةُ

فصلٌ

ظاهر مذهب أصحابنا رحمه الله أن الإنسان لا يجبر على الإنفاق على ملكه سوى الرقيق، الحيوانات وغير الحيوانات في ذلك على السواء، غير أن في الحيوانات يفتى فيما بينه وبين الله تعالى بالإنفاق، وفي غير الحيوانات كالدور والعقار لا يفتى به، إلا أنه إذا كان فيه تضييع المال يكون مكروهاً.

قوله: بِخِلَافِ نَفَقَةِ الزَّوْجَةِ، والفرق بين نفقة الرقيق وبين نفقة الزوجة من وجهين:

أحدهما: أن الرقيق وإن كان صغيرًا تجب النفقة على المولى، والزوجة إذا كانت صغيرة لا تشتهى لا تجب النفقة على الزوج.

المَمْلُوكِ لا تَصِيرُ دَيْنًا فَكَانَ إِبْطَالًا، وَبِخِلَافِ سَائِرِ الحَيَوَانَاتِ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ أَهْلِ الِاسْتِحْقَاقِ فَلَا يُجْبَرُ عَلَى نَفَقَتِهَا، إِلَّا أَنَّهُ يُؤْمَرُ بِهِ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللهِ تَعَالَى لِأَنَّهُ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «نَهَى عَنْ تَعْذِيبِ الحَيَوَانِ» وَفِيهِ ذَلِكَ، وَنَهَى عَنْ إِضَاعَةِ المَالِ وَفِيهِ إِضَاعَتُهُ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يُجْبَرُ، وَالأَصَحُّ مَا قُلْنَا،

والثاني: أن المولى إذا أبى الإنفاق على الرقيق يجبر على البيع، والزوج إذا عجز عن الإنفاق على المرأة لا تفرق بينهما.

أمَّا الفرق الأول فقد ذكرناه، وأمَّا الفرق الثاني فهو أن المولى إذا أجبر على البيع دفعًا للظلم عن المملوك يزول ملكه إلى خلف وهو الثمن، ولو لم يجبر بفوت حق المملوك في النفقة لا إلى خلف؛ لأن نفقة المملوك لا تصير دينًا على الموالي بحال من الأحوال، فكان الجبر على البيع أقل ضررًا، أمَّا في باب النكاح لو أمر الزوج بالتفريق دفعًا للظلم عن المرأة تفوت ملك الزوج بغير خلف، ولو لم يجبر يفوت حق المرأة في الحال إلى خلف، فإن نفقة الزوجة تصير دينًا بقضاء القاضي، فكان ما يلحق الزوج من الضرر أكثر، فكان أولى بالدفع.

قوله: وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ يُجْبَرُ، وهو قول الشافعي رحمه الله، وقاساه على الرقيق، وإنَّا نفرق بينهما وهو أن إجبار القاضي المولى على الإنفاق على مملوكه نوع قضاء، والقضاء لا بدَّ له من مقضي له، وهو من أهل الاستحقاق، وهذا يوجد في الرقيق؛ لأن الرقيق من أهل أن يستحق حقوقًا على المولى وعلى غيره في الجملة، ألا ترى أن بالكتابة يستحق حقوقًا على المولى وإن كان مملوكًا، فأمَّا غير الرقيق لا يستحق حقوقًا على المولى، فلا يصح أن يكون مقضيًا له، فانعدم شرط القضاء فينعدم القضاء، هذا كله من «الذخيرة».

وذكر في «التجنيس»: رجل له عبد لا ينفق عليه، هل للعبد أن يأكل من مال مولاه؟ فهو على وجهين:

إمَّا أن كان قادرًا على الكسب أوْ لا.

ففي الوجه الأول ليس له ذلك، وفي الوجه الثاني: له ذلك.

وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

* * *

إذا أعتق عبدًا صغيرًا أو أمة لا تجب النفقة على المعتِق؛ لأنه ليس بذي رحم محرم منه، وإن كان عصبة فصار كابن العم.

وأمَّا في الدابة فذكر الخصاف رحمه الله: الفرق بين ما إذا كانت الدابة كلها مملوكة لرجل فإنه لا يجبره القاضي على الإنفاق، ولو كانت مشتركة يقول القاضي للآبي: إمَّا أن تبيع نصيبك أو تنفق عليه، رعاية لجانب الشريك؛ وهذا لأن الشريك من أهل الاستحقاق وإن لم تكن الدابة من أهل ذلك، والله تعالى أعلم.

تمَّ المجلد الرابع من «النِّهاية»، ويتلوه المجلد الخامس، وفي أوله (كتابُ العتاق).

فهرس المحتويات

في المجلَّد الرابع من «النِّهاية في شرح الهداية»

كتابُ الرضاع

كتابُ الطلاق

تم الفهرس